Die Rechtsfolgen der Einwirkung von Ereignissen auf Gegenstände, die vom Zurückgetretenen wiederzuerstatten sind, im vertraglichen Rücktrittsrecht.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Dagobert Feinberg

Referendar im Bezirke des
Kammergerichts.

1929

Spezial-Druckerei für Dissertationen: Dr. Hermann Eschenhagen, Kommandit-Ges., Ohlau i. Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Bruck.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literatur.

Cosack u. Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Auflage 1927 1. Bd.

Cretschmar: Besprechungen der zweiten Lesung des Entwurfs eines BGB., im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 82 S. 12.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1902. 2. Bd.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht, 4. Aufl. 1909 Bd. 2.

Eck: Die Statthaftigkeit der ädilicischen Klagen trotz Verfügung des Käufers über die Sache in der Festgabe für Beseler. Berlin 1885. S. 161 f.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 9. Auflage. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 2. Abt. 10. Bearbeitung 1928. 28.—30. Aufl.

Derselbe: II. Bd. 1. Abt. 7. Bearb. 22.—26. Aufl.

Fiebach: Das gesetzliche Rücktrittsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation Breslau.

Fischer, O.: Sittlichkeit und Billigkeit im deutschen bürgerlichen Recht, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. XI. Bd. Heft 4 S. 296 ff. und XII. Bd. Heft 1 S. 4 ff.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht. 3. Bd. 1917.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 1903.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht.

ten Hompel: Der Verständigungszweck im Recht. Berlin 1908.

Jacobsen: Voraussetzungen und Wirkungen des Rücktrittsrechts bei Schuldverträgen. Dissertation Greifswald 1916.

Kipp: Rechtswahrnehmung und Reurecht in Festgabe für Koch S. 110 ff.

Kisch: Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.

Derselbe in Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 44. Bd. 1903. S. 530.

Derselbe in Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgeg. v. Dr. Grünhut. 29. Bd. 1902 S. 513 f.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.

Knoops: Die Umgrenzung des Rücktrittsbegriffes im Deutschen Reichsrecht. Dissertation Breslau 1916.

Kommentar von Reichsgerichtsräten: 6. Aufl. 1926 1. Bd.

Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Tübingen 1907.

Lantermann: Verschulden als Ausschließungsgrund des vertraglichen Rücktrittsrecht und der Wandlung. Dissertation Bonn 1913.

Littmann: Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrag nach dem BGB. Berlin 1902.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1896 2. Bd.

Oertelt: Zwei Fragen zum Bereicherungsrecht in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 78. Jahrg. S. 537 ff.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1928.

Derselbe: Die Bedeutung der Rücktrittserklärung in Seuff. Blätter für Rechtsanwendung 1904 S. 65 f.

Derselbe: Wandlung nach Zwangsversteigerung der Kaufsache in Deutsche Juristenzeitung S. 522.

Derselbe: Das Billigkeitsprinzip im BGB., Recht 1900, S. 3 ff. und S. 25 ff.

Planck-Siber: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. 1914. Bd. 2

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1903 2. Bd.

Riezler: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.

Roßner: Der Einfluß einer Veräußerung und Zwangsvollstreckung des Schuldgegenstandes auf Rücktritts- und Wandlungsrecht. Dissertattion Erlangen 1911.

Rümelin: Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht. Tübingen 1909.

Derselbe: Die Billigkeit im Recht. Tübingen 1921.

Schmölder: Die Billigkeit als Grundlage des Bürgerlichen Rechts. Hannover 1907.

Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB. München 1902.

Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht d. Schuldverhältnisse. 1. Hälfte 1900.
Derselbe: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1904.
Seckel: Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts (aus der Festschrift f. R. Koch) S. 222.
Siegel: Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen? in Juristische Wochenschrift 1906 S. 802 f.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1926 Bd. 1.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum BGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1897.
Derselbe: Die Lehre von dem richtigen Recht. 9. Aufl. Halle 1926.
Staub-Koenige: Kommentar zum Handels-Gesetzbuch. 12. und 13. Aufl. 1926 3. Bd.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1. Teil 7./8. Aufl. 1912.
Sternberg: Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen? in Juristische Wochenschrift. 1906 S. 623 f.
Strohal: Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse und der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, in Iherings Jhrb. für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 33. Bd. S. 307 f.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1. u. 2. Hälfte.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Recht d. Schuldverhältnisse 1921.
Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse im Archiv für die zivilistische Praxis. 100. Bd. S. 1 ff.
Weyl, Rich.: System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1905.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Bd. 9. Aufl. 1906.
Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, I. Allg. Teil. Leipz. 1900.
v. Zitzewitz: Das Unmöglichwerden der Leistung bei zweiseitigen Verträgen. Dissertation Greifswald 1903.

Rechtsprechung.

Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandes-Gerichts, Bd. 30 S. 181.
Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, herausgeg. von Küntzel Eccius und Predari, 56. Jahrg. 1. Heft 1912 S. 113.
Deutsche Juristenzeitung, Spruchpraxis. 1905 S. 649.
Juristische Wochenschrift, 1910 S. 997; 1915 S. 1004.
Das Recht, Beilage 2 1908 12. Jahrgang Nr. 1301.
Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Ergänzung zu Warneyers Jahrb.), 1910 Het 11 S. 450.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen, Bd. 59 S. 99; Bd. 71 S. 276 ff.; Bd. 50 S. 189 ff.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Erg. Bd. 1915 Heft 7 S. 309.

Einleitung.

§ 1.

Abgrenzung des Themas.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in den §§ 346 ff. das vertragliche Rücktrittsrecht in einer sehr breiten Ausführlichkeit behandelt. Mit dieser eingehenden Regelung hat jedoch der Gesetzgeber nicht das Ziel erreicht, das er sich hierbei gesteckt hat. Denn ein im Leben so häufig vorkommendes Rechtsinstitut, wie es das Rücktrittsrecht ist, kann nicht durch gesetzliche Normen, mögen sie noch so weit gefaßt sein, scharf umgrenzt werden. Der Rechtsverkehr mit seiner vollen schöpferischen Kraft, das Leben in seiner bunten Mannigfaltigkeit können nicht bei der Ausgestaltung eines Rechtsinstituts von so tief greifender wirtschaftlicher Bedeutung in den Fesseln starrer Kodifikation bleiben. Also nicht mit Unrecht hat Strohal[1] gesagt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auf eingehende Vorschriften über den Rücktritt besser verzichtet hätte. Diese Ansicht wird man noch um so eher für gerechtfertigt halten, wenn man sieht, wie die sehr bedeutungsvollen Bestimmungen über den Ausschluß des Rücktritts, anstatt ein großes einheitliches Prinzip aufzuweisen, die nahezu kasuistische Regelung einzelner Fälle enthalten. In einem Falle ist der Ausschluß des Rücktritts nämlich an ein Verschulden des Rücktrittsberechtigten geknüpft (§ 351), im anderen dagegen wird der Rücktritt ohne Rücksicht auf Verschulden des Rücktrittsberechtigten durch bestimmte äußere Vorgänge ausgeschlossen (§§ 352, 353). Während der Gesetzgeber es also für erforderlich hielt, für die Zeit **vor** der Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts allzusehr ins einzelne gehende Bestimmungen zu treffen, hat er für die Zeit **nach** Ausübung des Rücktrittsrechts von derartigen einzelne Fälle betreffenden Bestimmungen abgesehen. Auch erwähnt er nicht wie bei den für die Zeit vor Rücktrittserklärung geltenden Bestimmungen einzelne

1) Vgl. Strohal, \ 373.

Arten von Ereignissen (z. B. Veräußerung oder Umgestaltung), an die er bestimmte Rechtsfolgen knüpft. Im Gegensatz zu den für die Zeit vor Ausübung des Rücktrittsrechts geltenden Vorschriften stellt der Gesetzgeber des weiteren den durch keine Ausnahme durchbrochenen Grundsatz auf, daß nur s c h u l d h a f t e Nichterfüllung der Rückgewährpflicht seitens des einen Teils für den anderen Teil Rechte zur Entstehung bringt (§§ 347, 354).

Die Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts kann nur durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgen (§ 349). Ueber die Wirkung der Rücktrittserklärung herrscht in der Literatur lebhafter Streit. Im wesentlichen kommen heute noch drei Auffassungen in Betracht, von denen n. E. die Theorie der direkten Wirkung dem Wesen des Rücktritts am ehesten gerecht wird. Nach dieser Theorie wird das gesamte Schuldverhältnis mit rückwirkender Kraft (ex tunc) durch den Rücktritt aufgelöst, die noch nicht erfüllten Verbindlichkeiten erlöschen ohne weiteres, die bereits vollzogenen verlieren ihren Rechtsgrund und können aus dem Gesichtspunkt der causa finita zurückgefordert werden in der durch § 346 näher geregelten Weise.[2]

Dem die Rechtsverhältnisse nach Ausübung des Rücktrittsrechts betreffenden Gebiet ist nun unsere Arbeit entnommen, und zwar bildet den Gegenstand unserer Abhandlung die Frage, welche Rechtsfolgen sich an die Einwirkung von Ereignissen auf Gegenstände, die vom Rücktrittsberechtigten zurückzugewähren sind, knüpfen. Von einer Erörterung dieser Frage auch hinsichtlich der Gegenstände, die der R ü c k t r i t t s p f l i c h t i g e zurückzugewähren hat, haben wir aus Mangel an rechtlich interessanten Problemen abgesehen. Ferner schien uns ein Eingehen auf Handlungen von Dritten, deren Verschulden der Rücktrittsberechtigte zu vertreten hat, aus folgenden Gründen nicht geboten. Die Beschäftigung mit dieser Frage würde vornehmlich zu einer

2) Außer der herrschenden Theorie der direkten Wirkung, die vor allem von Oertmann in Seufferts Blätter 69, 65 ff. und in seinem Kommentar S. 235; Enneccerus, § 262, II; Goldmann-Lilienthal, § 102, III; Kisch, S. 134 ff; Planck-Siber, Vorbem. 1 zum 5. Titel; Staudinger, Vorbem. zum Rücktritt IV, 1; Schollmeyer § 346, 2 a. vertreten wird, besteht die Theorie der indirekten Wirkung, nach der das Schuldverhältnis an sich bestehen bleibt und der Rücktritt nur neue Ansprüche auf Rückleistug bewirkt, bei den noch nicht vollzogenen Leistungen Einreden (so Dernburg, § 107, V; Crome, § 174, 4; Endemann, § 148, 2) und die sog. mittlere Theorie, nach der die noch nicht vollzogenen Verpflichtungen ipso iure beseitigt werden; soweit sie schon erfüllt sind, entstehen nur Rückgewähransprüche; der Rücktritt wird ex nunc (so Kipp bei Windscheid, S. 347, 537; Hellwig, Anspruch S. 21 ff; Seckel, Gestaltungsrechte S. 52).

Behandlung der allgemeinen Bestimmung des § 278 führen und uns somit vom Kern unseres Themas und den hierbei zu besprechenden Problemen, für deren Lösung die Auseinandersetzung mit dem Verhalten Dritter keine maßgebende Bedeutung hat, abbringen. Jedoch werden wir bei der zum Zwecke des Vergleichs mitzubehandelnden Frage, inwieweit das Rücktrittsrecht durch Ereignisse vor dem Rücktritt ausgeschlossen wird, auf das Verhalten Dritter eingehen müssen, da § 353 den Ausschluß des Rücktritts nicht an die Veräußerung schlechthin, sondern vielmehr nur in Verbindung mit Handlungen des Dritterwerbers knüpft.

Die den Gegenstand unserer Abhandlung bildende Frage, welche Rechtsfolgen sich an die Einwirkung von Ereignissen auf den vom Zurückgetretenen wiederzuerstattenden Gegenstand knüpfen, soll nur auf das vertragliche Rücktrittsrecht beschränkt und nicht auf das gesetzliche Rücktrittsrecht ausgedehnt werden. In diesen Grenzen wollen wir also unser Thema behandeln.

A.

Haben Ereignisse, die auf den vom Zurückgetretenen wiederzuerstattenden Gegenstand einwirken, auf die Wirksamkeit des Rücktritts Einfluß?

§ 2.

I. Vom Zurückgetretenen zu vertretende Ereignisse.

Wir haben uns mit der Frage zu befassen, ob der Rücktritt vom Vertrage durch nachträgliche Ereignisse, die zur Folge haben, daß der Zurückgetretene den von ihm wiederzuerstattenden Gegenstand nicht so, wie er geleistet wurde, oder überhaupt nicht zurückgewährt, unwirksam werden kann. Zunächst soll diese Frage hinsichtlich der vom Rücktrittsberechtigten zu vertretenden Ereignisse erörtert werden. Die Frage liegt nun sehr nahe, ob vom Zurückgetretenen zu vertretende Ereignisse, die die unversehrte Rückgabe des an ihn geleisteten Gegenstandes vereiteln, den erklärten Rücktritt unwirksam machen. Denn der Rücktrittsberechtigte, der sein Rücktrittsrecht ausübt, setzt sich durch ein nachträgliches schuldhaftes Verhalten, das die unversehrte Rückgewähr des Gegenstandes vereitelt, in Widerspruch zu seinem kundgetanen Willen, das erhaltene zurückzugewähren. Das Gesetz bietet jedoch keine Handhabe, diese Frage zu bejahen. Die von einem schuldhaften Verhalten des Rücktrittsberechtigten handelnden § 351 ff. beziehen sich nämlich nach der übereinstimmenden Meinung der nahezu gesamten Literatur[1] und Rechtsprechung[2] lediglich auf die Zeit vor der Rücktrittserklärung, was sich m. E. auch zweifelsfrei aus dem Wortlaut und Sinn dieser Bestimmungen ergibt.

1) Oertmann, § 351, 6; Planck-Siber, § 351, 1 c; RGRK. § 351, 1; Enneccerus, § 362 II 1, Anm. 6; Staudinger, § 351, 2; Soergel, § 351, 1; Goldmann-Lilienthal, S. 402, Anm. 21; Dernburg, S. 294 oben und S. 296, Anm. 1; Warneyer, § 351; Rehbein S 252; Staub-Koenige, Anh. zu § 374, Anm. 75; Riezler, S. 155; Roßner, S. 46; Schollmeyer, § 351, 3. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Windscheid-Kipp, S. 348/9 aus besonderen Gründen, die wir weiter unten im Zusammenhang mit einer anderen Frage behandeln.

2) Anm. d. Kgl. Sächs. OLG. Bd. 30, 181 ff; RG. 59, 99; 71, 276 ff; Warneyers Jahrbuch d. Entsch. Ergänz. Bd., Heft 7/8, Jahrg. 1915, S. 309, Nr. 204.

§ 3.

II. Vom Zurückgetretenen nicht zu vertretende Ereignisse.

Der Zurückgetretene kann nun auch ohne sein Verschulden in die Lage gekommen sein, den Gegenstand nicht so, wie er geleistet wurde, oder überhaupt nicht zurückgewähren zu können. Unverschuldet kann er in diese Lage geraten sein, wenn von seinem Willen und seiner Tätigkeit unabhängige Ereignisse die unversehrte Rückgabe des erhaltenen Gegenstandes vereitelt haben. Jedoch braucht ein Verschulden des Rücktrittsberechtigten *auch dann nicht* vorzuliegen, wenn die Erfüllung seiner Rückgewährpflicht durch *Handlungen* vereitelt worden ist, die er sogar in Kenntnis vom erklärten Rücktritt vorgenommen hat. Es soll nun untersucht werden, ob diese vom Rücktrittsberechtigten nicht zu vertretenden Ereignisse die Wirksamkeit des Rücktritts unberührt lassen. Die Vorschrift des § 350 handelt nur von einem zufälligen Untergang der empfangenen Gegenstände *vor* Ausübung des Rücktrittsrechts.[3] Diese — übrigens dispositive — Vorschrift, gemäß welcher der casus interitus nicht dem Rücktrittsberechtigten, sondern dem anderen Teil zur Last fällt, steht im Gegensatz zu dem Recht der gegenseitigen Verträge. Einige Schriftsteller halten diese Regelung auch nicht für unbedenklich.[4] Die Bestimmung entspricht aber m. E. dem im Rücktrittsrecht geltenden Prinzip, „daß sich die Partei in den früheren Zustand zurückversetzen soll und bei diesem ja auch den Gegner des Zurücktretenden der Zufall betroffen haben würde."[5] Wie ist nun die Rechtslage, wenn das vom Rücktrittsberechtigten nicht zu vertretende Ereignis *nach* Ausübung des Rücktrittsrechts eintritt? Soll der casus interitus dem Rücktrittsgegner auch in diesem Falle zur Last fallen? Oder soll etwa dann der in § 323 enthaltene Grundsatz, gemäß welchem die zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung der einen Verpflichtung die Pflicht des Gegners beseitigt, Anwendung finden? Die

3) Oertmann, § 350, 4 und § 348, 2.

4) Vgl. Staudinger, § 350, 5; Rehbein II, 250; ten Hompel, Verständigungszweck, S. 199 ff; Planck-Siber, § 350; Strohal, S. 371, der die Bestimmung des § 350 als verfehlt bezeichnet, weil sie einer billigen Interessenverteilung unter den Parteien völlig widerspricht; v. Tuhr II, 1 S. 547, Anm. 65, der die unter Umständen sich ergebende Unbilligkeit durch Anwendung des § 242 gegenüber der Ausübung des Rücktrittsrechts beseitigen will, und die dort zitierten Schriftsteller. Vgl. dagegen die von den Motiven II, 231 für diese Bestimmung angeführten Gründe und Lantermann, S. 48.

5) Oertmann, § 350, 1; vgl. auch Motive II, 282.

Nichtanwendbarkeit des § 323 ergibt sich deutlich aus der Nichterwähnung dieser Vorschrift in § 348.[6] § 348 nämlich, der von dem aus dem Rücktritt sich ergebenden Rechtsverhältnis unter den Parteien handelt, erwähnt lediglich die §§ 320, 322, während er die Verweisung auf § 323 unterläßt. Daraus erhellt, daß der Gesetzgeber bei dem aus dem Rücktritt sich ergebenden Rechtsverhältnis nicht die entsprechende Anwendung aller den gegenseitigen Vertrag betreffenden Vorschriften, sondern lediglich der in § 348 ausdrücklich erwähnten beabsichtigt. Auch auf Grund einer analogen Anwendung des § 350 BGB. kann man den casus interitus dem Rücktrittsgegner zur Last fallen lassen. Denn wenn Zufälle vor Ausübung des Rücktrittsrechts den Rücktritt nicht auszuschließen vermögen, so ist für die Zeit nach demselben nicht minder anzunehmen, daß spätere Zufälle den erklärten Rücktritt nicht in Frage stellen.[7] Wenn demnach der Rücktrittsgegner die Gefahr des nach dem Rücktritt erfolgten zufälligen Unterganges des vom Zurückgetretenen wiederzuerstattenden Gegenstandes trägt, so gilt dies natürlich erst recht von einer Verschlechterung und von einem teilweisen Untergang.[8]

Kisch[9] hält jedoch die Vorschrift des § 323 für anwendbar, wenn der vom Zurückgetretenen wiederzuerstattende Gegenstand erst nach der Erklärung des Rücktritts untergeht. Hierfür gibt er jedoch keinen Grund an. Auch ist aus dem Zusammenhang nicht recht zu ersehen, was ihn zur Anwendung des § 323 bestimmt.

Diese jeglicher Begründung entbehrende Ansicht vermag uns nun nicht von unserem Standpunkt abzubringen, daß die Vorschrift des § 323 keine Anwendung findet. Wir kommen also zum Ergebnis, daß die vom Rücktrittsberechtigten nicht zu vertretenden Ereignisse den Rücktritt nicht unwirksam machen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß der einmal erklärte Rücktritt durch nachträgliche Ereignisse, mögen diese vom Rücktrittsberechtigten verschuldet oder unverschuldet sein, in seiner Wirksamkeit nicht berührt werden kann.

---

6) Oertmann, § 348, 4; Planck-Siber, § 350.
7) Oertmann, § 348, 4 und § 350, 4; Schollmeyer, § 350, 1.
8) Oertmann, § 350, 2; RGRK. § 350, 1; Mot. II, 282.
9) Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 44, 1903, S. 536/7

B.

Welche Ansprüche des Rücktrittsgegners werden durch Ereignisse ausgelöst, die auf den vom Zurückgetretenn wiederzuerstattenden Gegenstand einwirken?

I. Beim Verschulden des Zurückgetretenen.

§ 4.

1. Anspruch aus § 347.

Nachdem wir nun festgestellt haben, daß nachträgliche Ereignisse, die zur Folge haben, daß der Zurückgetretene den Gegenstand nicht so, wie er geleistet wurde, oder überhaupt nicht zurückgewährt, auf die Wirksamkeit des Rücktritts keinen Einfluß haben, müssen wir also jetzt nicht mehr fragen: Wie wirken diese Ereignisse auf den Rücktritt? sondern vielmehr: Wie wirken diese Ereignisse auf die Verpflichtungen, die sich für beide Teile aus dem Rücktritt ergeben?

Gemäß § 346 sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, was nach der Vorschrift des § 348 nur Zug um Zug zu geschehen braucht. Dieser Verpflichtung zur Rückgewähr kann nun der Rücktrittsberechtigte nicht nachkommen, wenn er mit seinem Zutun oder ohne sein Zutun in die Lage kommt, den Gegenstand nicht so, wie er geleistet wurde, oder überhaupt nicht zurückgewähren zu können. Welche Rechtswirkungen werden nun dadurch ausgelöst, daß der Zurückgetretene seiner Verpflichtung nicht genügen kann? Die Vorschrift des § 347 handelt von einem Schadensersatzanspruch wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grund eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe, der sich nach den für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an geltenden Vorschriften bestimmt. Die Vorschrift des § 347 folgt aus dem Prinzip des § 346 sowie aus der Erwägung, daß jede Partei von Anfang an mit der Möglichkeit rechnen muß, infolge des Rücktritts zur Rückgewähr der empfangenen Leistung verpflichtet zu werden.[1]

1) Oertmann, § 347, 1.

Ganz unzweifelhaft ist es nicht, ob § 347 nicht nur auf die Erstattungspflicht des Rücktrittsverpflichteten, sondern auch des Rücktrittsberechtigten anwendbar ist. Oertmann, der sich wohl als einziger mit dieser Frage auseinandersetzt, gelangt zwar zu dem Ergebnis, daß § 347 auf die Rückgewährpflicht des Rücktrittsberechtigten zur Anwendung kommt, gibt aber zu, daß dieses Ergebnis nicht ganz bedenkenfrei ist.[2] Die übrigen Schriftsteller bejahen die Anwendbarkeit des § 347 auf die Erstattungspflichten beider Teile. Während ein Teil[3] von ihnen hierbei offenbar von der stillschweigenden Annahme ausgeht, daß dies selbstverständlich sei, halten andere es der ausdrücklichen Erwähnung für wert, daß § 347 nicht nur auf die Rückerstattungspflicht des Rücktrittsverpflichteten, sondern auch des Rücktrittsberechtigten Anwendung findet,[4] ohne jedoch hierfür eine Begründung zu geben. M. E. geben sachliche Gründe den Ausschlag dafür, daß man die Anwendbarkeit des § 347 auf die Erstattungspflicht beider Teile bejahe. Denn wenn wir den § 347 nicht auf die Rückgewährpflicht des Rücktrittsberechtigten Anwendung finden ließen und somit dem Rücktrittsverpflichteten die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gegenüber dem Rücktrittsberechtigten versagten, so würde hierdurch der Rücktrittsverpflichtete in völlig ungerechtfertigter Weise schlechter gestellt werden als der Rücktrittsberechtigte. Auch wenn die Vorschrift des § 354 dem Rücktrittsverpflichteten in vielen Fällen genügenden Schutz bietet, so ist es nicht einzusehen, warum es dem Rücktrittsverpflichteten im Gegensatz zum Rücktrittsberechtigten genommen sein sollte, Schadensersatz zu beanspruchen. Ueberdies ist auch das Anwendungsgebiet des § 354 bei weitem nicht so groß wie das des § 347, was wir weiter unten bei der Behandlung der Vorschrift des § 354 noch näher darlegen werden.

Die Vorschrift des § 347 spricht nur von Unmöglichkeit. Ein Schadensersatzanspruch des Rücktrittsgegners gegenüber dem Rücktrittsberechtigten auch wegen zu vertretenden Unvermögens läßt sich daher nicht schon aus den Worten des § 347, sondern erst aus der darin enthaltenen Verweisung auf § 989 herleiten, nach dem es genügt, wenn die

2) Oertmann, § 347, 4.
3) Planck-Siber, § 347, 1; Staudinger, § 351, 1; Rehbein, S. 252.
4) Warneyer, § 347.

Sache aus irgendeinem Grunde von dem Beklagten nicht herausgegeben werden kann.[5] In den von uns zu behandelnden Fällen erübrigt es sich allerdings, einen Schadensersatzanspruch wegen zu vertretenden Unvermögens erst aus § 989 zu folgern, da wir nur von Ereignissen sprechen, die nach der Rücktrittserklärung erfolgt sind. Unmöglichkeit und Unvermögen sind nämlich, wie es in Theorie und Praxis anerkannt ist, für den Fall gleichgestellt, daß sie nachträglich eintreten, ohne Rücksicht darauf, ob sie auf einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand beruhen.

Die Anwendung des § 347 setzt nicht voraus, daß die Rückgewähr des ganzen Gegenstandes unmöglich ist oder der Rücktrittsberechtigte zur Rückgewähr des ganzen Gegenstandes außerstande ist; vielmehr genügt es, daß die Unmöglichkeit oder das Unvermögen sich nur auf einen Teil erstreckt. Ebenso betrifft § 347 im Gegensatz zu § 351 nicht nur die wesentliche, sondern auch jede unwesentliche Verschlechterung des zurückzugewährenden Gegenstandes.

Des weiteren setzt die Anwendung des § 347 ein Verschulden des Empfängers voraus, da nach dem maßgebenden § 989 der Besitzer von dem Eigentümer nur bei Verschulden auf Schadensersatz belangt werden kann.[6] Das Verschulden betrifft hier eine Pflichtverletzung gegenüber dem anderen Teile im Gegensatz zu der Vorschrift des § 351.[7] Zum Verschulden gehört nun bei der Verletzung einer Pflicht gegenüber dem Rücktrittsgegner auch Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von der Rückgewährpflicht.[8] Weiß der Rücktrittsberechtigte nicht, daß der Rücktritt erklärt ist (z. B. er ist Erbe desjenigen, der den Rücktritt erklärt hat), so liegt infolge Fehlens dieser Kenntnis ein Verschulden im Sinne des § 347 nicht vor. Andererseits ist ein Verschulden nicht schlechthin in all den Fällen anzunehmen, in welchen der Rücktrittsberechtigte weiß, daß der Rücktritt erklärt worden ist, und trotzdem eine die unversehrte Rückgabe des erhaltenen Gegenstandes vereitelnde Handlung vornimmt. Es kann nämlich dem Rücktrittsberechtigten ein Rechtfertigungsgrund zur Seite gestanden haben, z. B. er zerstörte die zurückzugewährende Sache im Notstand. In

5) Planck-Siber, § 351, 1, a.
6) Planck-Siber, § 347, 1.
7) Planck-Siber, § 351, 1.
8) Planck-Siber, § 351, 1, b.

diesen Fällen hat der Rücktrittsberechtigte zwar bewußt und gewolltermaßen Handlungen vorgenommen, die die Unmöglichkeit bzw. das Unvermögen der unversehrten Rückgabe des zurückzugewährenden Gegenstandes zur Folge haben. Jedoch kann wegen Bestehens eines Rechtfertigungsgrundes von einem Verschulden nicht die Rede sein, sodaß die Anwendbarkeit des § 347 entfällt.

Die Frage, ob ein Verschulden vorliegt, kann mitunter erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Diese Schwierigkeiten lassen sich nun dadurch nicht beseitigen, daß man versucht, eine Regel aufzustellen, daß eine bestimmte Art von Handlung, die die Rückgewähr vereitelt oder beeinträchtigt, ein Verschulden in sich schließt. Man wird vielmehr nicht umhin können, in jedem Falle die Frage des Verschuldens zu prüfen, ohne sich auf aufgestellte Grundsätze oder Regeln bei der Entscheidung stützen zu können. Schollmeyer versucht nun, in den Fällen der Veräußerung die Frage des Verschuldens einheitlich zu entscheiden. Er erblickt nämlich in der einfachen Tatsache der Weiterveräußerung des wiederzuerstattenden Gegenstandes durch den Rücktrittsberechtigten nach Rücktrittsausübung einen von diesem zu vertretenden Verstoß gegen das aus dem Rücktritt folgende Schuldverhältnis auf Rückgewähr.[9] In dieser Allgemeinheit kann man jedoch Schollmeyer nicht beipflichten, da Fälle vorkommen, in denen besondere Umstände eine Veräußerung rechtfertigen. Man denke z. B. an den Fall, daß Nahrungsmittel vollständig verderben würden, bis sie dem entfernt wohnenden Rücktrittsgegner übersandt werden könnten, und daß der Rücktrittsberechtigte in Kenntnis des erklärten Rücktritts diese infolgedessen an einen Nachbar, der sie als Viehfutter verwenden kann, veräußert.[10] Dieses Beispiel zeigt, daß man nicht bei jeder Veräußerung ein Verschulden des Rücktrittsberechtigten voraussetzen kann, sondern daß man sich vielmehr der Mühe unterziehen muß, die Frage, ob ein Verschulden vorliegt, auch in den Fällen der Weiterveräußerung zu prüfen. Hierbei wird es vor allem darauf ankommen, ob die Weiterveräußerung seitens des

9) Vgl. Schollmeyer, Schuldverhältnisse, S. 35. Schollmeyer spricht zwar nur von der Wandlung, dasselbe muß auch von der Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts gelten.

10) Vgl. Roßner, S. 47/8.

Zurückgetretenen durch den Zustand der Sache oder durch andere besondere Umstände geboten war.

Wie im Falle der Veräußerung, so kann auch im Falle der Zwangsvollstreckung hinsichtlich des vom Rücktrittsberechtigten wiederzuerstattenden Gegenstandes die Frage des Verschuldens nicht einheitlich entschieden werden. Der Versuch, feste Regeln für die Entscheidung dieser Frage im Falle der Zwangsvollstreckung aufzustellen, wäre ebenso abwegig wie im Falle der Veräußerung. Man wird z. B. den Mangel an Zahlungsmitteln, der die Zwangsvollstreckung zur Folge hat, nicht grundsätzlich als einen vom Rücktrittsberechtigten zu vertretenden Umstand ansehen können, denn selbst bei der denkbar ordnungsmäßigsten Wirtschaft des Rücktrittsberechtigten können äußere Umstände einen Mangel an Zahlungsmitteln bewirkt haben.

§ 5.

2. Anspruch aus § 354.

Dem Rücktrittsverpflichteten steht außer dem § 347 noch ein anderes Mittel zu Gebote. Er kann nämlich den durch § 354 vorbezeichneten Weg beschreiten. Es müssen aber die Voraussetzungen des Verzuges vorliegen, damit die Vorschrift des § 354 zur Anwendung kommen soll. Diese sind Fälligkeit der Forderung, das vom Schuldner zu vertretende Ausbleiben der Leistung und in den Fällen außerhalb des § 284, II Mahnung seitens des Gläubigers (§§ 284, 285). Der Gesetzgeber schreibt für den Fall des Verzuges im § 354 eine der Regelung des § 326 ähnliche Behandlung[11] vor. Der Rücktrittsgegner kann dem Rücktrittsberechtigten für die Rückgewähr eine angemessene Frist mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme nach dem Fristablauf verweigere. Mit dem vergeblichen Fristablauf wird dann wie nach § 326 der Anspruch ausgeschlossen, jedoch tritt nicht ein Ersatzanspruch an seine Stelle, sondern es wird der Rücktritt unwirksam.

Zur Anwendung des § 354 genügt es nun nicht, daß der Rücktrittsberechtigte mit dem Wertersatz (§ 346 S. 2) oder dem Schadensersatz in Verzug gekommen ist. Voraussetzung für die Anwendung des § 354 ist vielmehr,

11) Planck-Siber, § 354, 1.

daß der Verzug sich auf die Rückgewähr des Empfangenen oder eines erheblichen Teils erstreckt.[12]

Einige Schriftsteller stellen nun den Verzug mit der Abstoßung einer Belastung, wie wohl dies im Gesetz nicht erwähnt ist, dem Verzuge mit der Rückgewähr eines erheblichen Teils des zurückzugewährenden Gegenstandes gleich, indem sie die Worte „eines erheblichen Teils" erweiternd auslegen. Unter den die erweiternde Auslegung vertretenden Schriftstellern verlangen nun Planck-Siber[13] und Staudinger,[14] daß die Belastung erheblich ist. Schollmeyer[15] dagegen will nicht zwischen erheblichen und unerheblichen Belastungen unterscheiden, ohne jedoch für die unterschiedslose Behandlung eine Begründung zu geben. M. E. ist der Standpunkt Planck-Sibers und Staudingers im Hinblick auf die Worte im § 354: „eines erheblichen Teils" durchaus gerechtfertigt, während die Ansicht Schollmeyers deshalb abzulehnen ist, weil sie sich über das im Gesetzestext klar ausgesprochene Erfordernis, daß der Verzug sich zumindest auf die Rückgewähr eines erheblichen Teils erstreckt, einfach hinweggesetzt.

Die im § 354 getroffene Regelung, daß der Verzug mit der Rückgewähr eines unerheblichen Teils auf die Wirksamkeit des Rücktritts keinen Einfluß hat, steht mit der Vorschrift des § 351 insofern im Einklang, als schuldhafte Handlungen des Rücktrittsberechtigten den Rücktritt nur dann ausschließen, wenn durch diese eine *wesentliche* Verschlechterung oder die Unmöglichkeit der Herausgabe eines *erheblichen* Teils bewirkt wird. Jedoch kann der Rücktrittsverpflichtete auch in dem Falle, daß der Zurückgetretene mit der Rückgewähr eines unerheblichen Teiles in Verzug ist, die Annahme des erheblichen Teiles gemäß § 266 als Teilleistung zurückweisen und dadurch erreichen, daß der Rücktrittsberechtigte, der es nicht nachholt, bis zum Frist-

12) Diese schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgehende Ansicht wird von fast allen Schriftstellern vertreten. So Oertmann, § 354, 2; Staudinger, § 354, 4; Planck-Siber, § 354, 2a; Schollmeyer, § 354, 2b; Endemann, S. 854, Anm. 40; Rehbein, S. 252, vorletzter Abschn. Abweichend Windscheid-Kipp, S. 349, Zeile 1 ff., der die Anwendung des § 354 auch dann für möglich hält, wenn der Rücktrittsberechtigte mit der Leistung des Schadensersatzanspruchs in Verzug gesetzt ist; dagegen vertritt er S. 347, Abschn. 4 offenbar die herrschende Ansicht.

13) § 354, 2a.

14) § 354, 4.

15) § 354, 2 b.

ablauf mit der ganzen Leistung in Verzug bleibt, wodurch § 354 anwendbar wird.[16]

Auf dem gleichen Wege kann der Rücktrittsverpflichtete zur Anwendung des § 354 gelangen, wenn der Zurückgetretene mit der Abstoßung einer unerheblichen Belastung im Verzuge ist. Die Möglichkeit, unter Zurückweisung der Teilleistung gemäß § 266 den § 354 zur Anwendung zu bringen, nimmt nun der von uns oben dargelegten Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Erheblichkeit der Belastung die praktische Bedeutung.

Die Anwendung des § 354 hat den Verzug auf seiten des Zurückgetretenen zur Voraussetzung. Entfällt nun etwa die Anwendbarkeit des § 354, wenn ein Unvermögen oder gar eine Unmöglichkeit hinsichtlich des vom Rücktrittsberechtigten wiederzuerstattenden Gegenstandes vorliegt? Für die Erörterung dieser Frage kommen nur die Fälle in Betracht, in welchen der Rücktrittsberechtigte die Unmöglichkeit oder das Unvermögen zu vertreten hat, da § 354 einen Verzug, also somit ein Verschulden voraussetzt. Die Fälle des nicht zu vertretenden Unvermögens oder der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit scheiden vollkommen aus, da die Anwendung des § 354 schon wegen Fehlens eines Verschuldens versagt.

a. § 354 findet keine Anwendung bei Unmöglichkeit.

Was zunächst die Fälle anlangt, in denen der Rücktrittsberechtigte durch sein Verschulden eine Unmöglichkeit herbeigeführt hat, so fragt es sich, ob ein Verzug in diesen Fällen denkbar ist. Die herrschende Meinung[17] verneint diese Frage und zwar m. E. mit Recht, da es den Grundsätzen der Logik entspricht, daß man nur mit einer noch objektiv möglichen Leistung säumig werden kann. Siber[18] dagegen ist der Ansicht, daß die Möglichkeit der Leistung bis zum Verzugseintritt nicht Voraussetzung des Verzuges sei; denn der Aufstellung dieser weiteren Voraussetzung widerspreche die Bestimmung des § 339, gemäß welcher

16) Planck-Siber, § 351, 1a.

17) S. u. a. Oertmann, Vorbem. 3 a zu §§ 284 ff; Titze, Unmöglichkeit, S. 41; Staudinger, Vorbem. S. 183.

18) Vgl. Planck-Siber, § 284, 2 und Vorbem. Ia zu §§ 275/292 (S. 179 ff.)

eine wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung bedungene Vertragsstrafe verwirkt sein soll, wenn der Schuldner in Verzug kommt. Allerdings begrenzt Siber seine Ansicht nur auf die allgemeine Regelung in den §§ 275 ff., während er in den besonderen Vorschriften über gegenseitige Verträge (§§ 323 ff.) Verzug nur mit einer noch möglichen Leistung annimmt. Nach Siber liegt nämlich der allgemeinen Regelung in den §§ 275 f. der Gegensatz der Unmöglichkeit außerhalb des Verzuges (§§ 275, 280) und des Verzuges (§§ 286 ff.), den besonderen Vorschriften über gegenseitige Verträge dagegen der Gegensatz der Unmöglichkeit schlechthin und der bloßen Verzögerung der Leistung zugrunde. Die Frage, ob bei der Vorschrift des § 354 Verzug mit einer *noch möglichen* Leistung Voraussetzung für das Unwirksamwerden des Rücktritts ist, wird von Siber nicht unmittelbar behandelt. M. E. ergibt sich aber eine Bejahung dieser Frage aus den Darlegungen Sibers. Die Vorschrift des § 354 ist nämlich, wie die von uns bereits kurz angedeutete Entstehungsgeschichte zeigt, dem § 326 nachgebildet. Sie behandelt also nicht den Verzug im Gegensatz zur Unmöglichkeit außerhalb des Verzuges, sondern vielmehr die bloße Verzögerung der Leistung im Gegensatz zur Unmöglichkeit schlechthin.[19] Demnach ist § 354 wohl auch nach der Ansicht Sibers[20] nur dann anwendbar, wenn die Leistung zur Zeit des Eintritts des Verzuges noch möglich ist.

b. *§ 354 findet Anwendung bei Unvermögen.*

Ist nun der Eintritt eines Verzuges mit einer Leistung denkbar, zu der der Rücktrittsberechtigte infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unvermögend geworden ist? Der Bejahung dieser Frage stehen keine Bedenken entgegen. Solange nämlich die Leistung objektiv noch möglich ist, kann der Schuldner mit dieser in Verzug geraten.[21] Im Fall des Unvermögens ist die Leistung nun objektiv noch möglich;

---

19) Vgl. insbes. Planck-Siber, § 284, 2 (S. 261 o.) und Vorbem. Ia zu §§ 275/292 (S. 179 u.)

20) Daß Siber beim Verzuge gemäß § 354 eine noch mögliche Leistung voraussetzt, ist auch daraus ersichtlich, daß er bei der Kommentierung des § 354 nur darauf hinweist, daß § 354 außer bei Verzug auch bei Unvermögen anwendbar ist. Andernfalls hätte er es nicht zu erwähnen unterlassen, daß § 354 auch bei objektiver Unmöglichkeit anwendbar ist. Vgl. hierzu Planck-Siber, § 354, 2.

21) Planck-Siber, § 354, 2b; Warneyer, § 354.

denn jeder Dritte, nur nicht der Schuldner selbst ist zur Leistung imstande.

Wie wir bereits oben dargelegt haben, setzt die Anwendung des § 354 eine Anwendung mit der Rückgabe zumindest eines erheblichen Teils des zurückzugewährenden Gegenstandes voraus. Ist der Rücktrittsberechtigte zur Leistung nur eines unerheblichen Teils außerstande, so kann der Rücktrittsverpflichtete in der oben dargestellten Weise durch Zurückweisung der Teilleistung gemäß § 266 zur Anwendung des § 354 gelangen.

Eine weitere Voraussetzung für das Unwirksamwerden des Rücktritts gemäß § 354 ist die Fristsetzung. Diese erübrigt sich jedoch, wenn der Rücktrittsberechtigte erklärt, den zurückzugewährenden Gegenstand nicht herausgeben zu können oder zu wollen.[22]

Auf die Frage des Verschuldens bei § 354 einzugehen, erübrigt sich, da die bei der Behandlung des § 347 hinsichtlich des Verschuldens gemachten Ausführungen auch für die Vorschrift des § 354 Geltung haben.

II. Beim Nichtvorliegen eines Verschuldens des Zurückgetretenen.

§ 6.

Ansprüche aus §§ 281 und 812.

Ist es streitig, ob der Rücktrittsberechtigte denjenigen Umstand zu vertreten hat, der zur Folge hat, daß er den Gegenstand überhaupt nicht oder nicht so, wie er geschuldet war, zurückgewährt,[1] so liegt ihm der Entlastungsbeweis gemäß § 282 ob, da er als Schuldner im Sinne des § 282 anzusehen ist. Erbringt nun der Zurückgetretene den Beweis dafür, daß er denjenigen Umstand, der die Nichtrückgewähr des Gegenstandes zur Folge hat, nicht zu vertreten hat, so kann der Rücktrittsgegner ihn weder auf Schadensersatz gemäß § 347 belangen, noch die Unwirksamkeit des Rücktritts gemäß § 354 herbeiführen. Der Rücktrittsbe-

22) Vgl. Warneyer, § 354; Soergel, § 354, 1; Dernburg, S. 295/6, Anm. 15; RGRK. § 354, 1; Staudinger, § 354, 7; Knoops, S. 39; OLG. 28/85; Recht 1914, Nr. 1813.

1) Vgl. Oertmann, § 347, 5; Staudinger, § 347; K. v. RGR. § 347, 3; Warneyer, § 347; Seuff. 63 Nr. 221 S. 391; vgl. auch Oertmann in DJZ. S. 522.

rechtigte kann vielmehr dann das dem Rücktrittsgegner seiner Zeit geleistete zurückfordern, ohne selbst zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein; denn die Anwendung der Vorschrift des § 323 ist, wie oben bereits ausgeführt, infolge ihrer Nichterwähnung im § 348 ausgeschlossen. Dies ist ein seltsames Ergebnis. Jedoch geben außerhalb des Rücktrittsrechts befindliche Bestimmungen dem Rücktrittsverpflichteten die Handhabe, ohne Rücksicht auf Verschulden dasjenige von dem Rücktrittsberechtigten herauszufordern, was er für den zurückzugewährenden Gegenstand erlangt hat oder worum er durch Nichtrückgewähr des Gegenstandes bereichert worden ist. Wir werden im folgenden Fälle anführen, in denen diese außerhalb des Rücktrittsrechts befindlichen Vorschriften einen Ausgleich für die Nichtanwendbarkeit der §§ 347, 354 schaffen. Es kann hier jedoch nicht eine erschöpfende Behandlung all der Fälle, in welchen diese Vorschriften anwendbar sind, in Frage kommen; vielmehr ist die Anführung dieser Fälle rein exemplifikativ. Zunächst wollen wir uns dem Fall zuwenden, daß der Rücktrittsberechtigte den zurückzugewährenden Gegenstand veräußert hat oder eine Zwangsversteigerung dieses Gegenstandes stattgefunden hat, ohne daß ihn ein Verschulden trifft. Hier kommt die Vorschrift des § 281 in Betracht, mittels deren der Rücktrittsverpflichtete vom Zurückgetretenen den Erlös aus der Veräußerung oder Zwangsversteigerung herausfordern kann. Die Anwendung dieser Vorschrift im vorliegenden Falle ist nun insoweit unbedenklich, als nachträgliches Unvermögen nachträglicher Unmöglichkeit, von der lediglich § 281 spricht, gleichsteht. Jedoch stehen der Anwendung dieser Vorschrift aus einem anderen Grunde Bedenken entgegen. Kann nämlich das durch ein Rechtsgeschäft (oder eine Zwangsversteigerung) erlangte Entgelt als ein „Ersatz" im Sinne des § 281 BGB. angesehen werden? Diese Frage können wir nur in dem beschränkten Umfange behandeln, der dieser Frage innerhalb des gesamten Themas zukommt. Wir können daher nicht die in der Literatur hinsichtlich dieser Frage bestehenden Streitigkeiten bis ins Einzelne darlegen und zu sämtlichen Erwägungen, die für bezw. gegen die Bejahung dieser Frage angestellt werden, Stellung nehmen. Wir müssen uns vielmehr darauf beschränken, die in der Literatur herrschenden Meinungsver-

schiedenheiten nur in großen Zügen aufzuzeigen und unsere Stellungnahme auf die von den Schriftstellern angeführten maßgebendsten Punkte zu richten. Andernfalls würden wir diese immerhin nur als Nebenfrage zu behandelnde Frage gegenüber den zum Thema gehörigen Fragen allzusehr in den Vordergrund rücken.

Ob die die Anwendung des § 281 auf ein rechtsgeschäftliches Entgelt ablehnende Meinung oder die diese Frage bejahende Meinung überwiegt, läßt sich schließlich nicht sagen; sowohl die eine wie die andere Ansicht wird von einer Reihe namhafter Schriftsteller vertreten.

Die ablehnende Meinung geht von einer ganz strengen Auslegung der Gesetzesworte aus. Kisch's Argumentation beruht zum großen Teil auf der juristisch-technischen Fassung des Ersatzbegriffs. Nach Kisch[2] können als Ersatz „nur Ausgleichsstücke für eine entstandene Vermögenslücke" in Betracht kommen. Damit man überhaupt von Ersatz sprechen könne, müssen nach Kisch zwei Voraussetzungen erfüllt sein: einerseits das Entstehen einer Vermögenslücke, andererseits die Ausgleichung der entstandenen Lücke. Kisch betrachtet nun den auf Erlangung seiner Gegenleistung gerichteten Vertrag nicht als ein schadenbringendes Ereignis. Denn „er bewirkt nicht in erster Reihe eine Vermögensminderung, deren Ausgleich erst in zweiter Linie durch die Gegenleistung zu erfolgen hätte. Verlust und Erwerb laufen hier nebeneinander. Demgemäß wird es auch vom Käufer, im Gegensatz zum Sachbeschädiger niemals heißen können, er habe die gekaufte Sache zu „ersetzen." Ersatz und Aequivalent unterscheiden sich vielmehr sehr deutlich voneinander: Jener füllt die eingetretene Vermögenslücke aus, dieses läßt überhaupt keine entstehen." Folglich ist nach Kisch die Gegenleistung aus einem Rechtsgeschäft, das der Schuldner mit einer dritten Person abgeschlossen hat, nicht als Ersatz im Sinne des § 281 anzusehen, sodaß der Gläubiger die Herausgabe dieses Ersatzes auf Grund des § 281 nicht verlangen kann. Nach Kisch's Meinung folgt diese seine Auffassung auch aus der Natur der Sache. Während der Ersatz die Stelle eines untergegangenen Vermögenswertes einnehme und der Gesetzgeber demnach dasselbe Interesse des Gläubigers am Ersatz wie an der ursprünglichen Lei-

2) Kisch, S. 198 ff.

ſtung voraussetzen dürfe, sei das Aequivalent dem objektiven Wert der Leistung nicht angepaßt, vielmehr durch die zufälligen Interessen und Bedürfnisse des Schuldners bestimmt, sodaß der Anspruch des Gläubigers auf das Aequivalent nicht übertragen werden könne.

Gegen die Anwendung des § 281 führt man ferner an, daß es an der Identität zwischen dem Umstande, der die Leistung unmöglich macht, und dem, als dessen Folge sich der erlangte Ersatz oder Ersatzanspruch darstellt, fehle. Der Anspruch auf die Gegenleistung werde nämlich schon durch den Abschluß des obligatorischen Vertrages begründet, die Unmöglichkeit der Leistung gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger dagegen erst durch die Uebereignung an den zweiten Kontrahenten herbeigeführt. Nach Oertmann führt auch nicht die Uebereignung die Unmöglichkeit der Leistung herbei, „da ja noch immer die Möglichkeit eines Rückerwerbes bleibe. Nach der streng durchgeführten Gegenansicht müßte der Schuldner auch trotz späteren Rückerwerbes den einmal erlangten Preis herausgeben — ein widersinniges Ergebnis".[3] Die die Anwendung des § 281 auf ein rechtsgeschäftliches Entgelt bejahende Meinung wendet sich gegen die juristisch-technische Fassung des Ersatzbegriffs. Diese finde lediglich im Wortlaut ihre Stütze. Es sei aber kein sachlicher Grund für die Annahme vorhanden, daß das Wort „Ersatz" hier im juristisch-technischen und nicht vielmehr im wirtschaftlichen Sinne gebraucht werde.[4]

Was ferner den von der ablehnenden Meinung vorgebrachten Einwand betreffe, daß das rechtsgeschäftliche Entgelt auf einem anderen Umstande beruhe, als dem, der die Leistung unmöglich macht, so sei es hier nicht angebracht, der Entscheidung dieser Frage die scharfe Scheidung zwischen obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft zugrunde zu legen, die doch nur die Gewährleistung einer größeren Rechtssicherheit bezwecke. Wo dieser Zweck aber entfalle, können obligatorisches und dingliches Rechtsgeschäft wirtschaftlich als ein ganzes angesehen werden.[5] Hierfür lasse sich auch die Bestimmung des § 816 Abs. 1 Satz 1 verwerten, die von einem „durch die Verfügung erlangten" Gegenwert

3) Oertmann, § 281, 2 d; anders § 354, 5 hinsichtlich der Zwangsversteigerung aus nicht ganz verständlichen Gründen.
4) Planck-Siber, § 281, 2c, 2. Abschnitt.
5) Enneccerus, § 269 II, Anm. 9.

spreche.[6] Ausschlaggebend sei aber der sachliche Grund, daß man geradezu den Vertragsbruch „prämiierte", wenn man dem Schuldner gestatten wollte, die Gegenleistung aus einem Rechtsgeschäft zu behalten, das er etwa, durch die Aussicht auf großen Gewinn verleitet, hinsichtlich des geschuldeten Gegenstandes mit einem Dritten abgeschlossen habe.[7] Der von Oertmann gegen die bejahende Meinung vorgebrachte Einwand, daß auch im Falle des Rückerwerbes der Schuldner zur Herausgabe des Preises verpflichtet bleibe, greife nicht durch, wenn man die Veräußerung, bei der die Möglichkeit des Rückerwerbes vorliege, nicht als Grund eines dauernden Unvermögens ansehe.[8] Demnach entfalle, falls ein Rückerwerb in Frage komme, die Anwendung des § 281 schon aus dem Grunde, weil kein Unvermögen vorliege.

Auch die Praxis, insbesondere das Reichsgericht, hat die Anwendung des § 281 bejaht.[9]

Trotz aller von der ablehnenden Meinung vorgebrachten Argumente ist m. E. die Gegenmeinung, nach der das rechtsgeschäftliche Entgelt ein stellvertretendes commodum im Sinne des § 281 darstellt, eher zu befürworten. Abgesehen davon, daß die Anwendung des § 281 sich mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang bringen läßt, spricht schon das von Planck-Siber vorgebrachte sachliche Argument allein, daß die Verneinung des § 281 eine „Prämiierung des Vertragsbruches" mit sich bringen würde, so stark dafür, dem Gläubiger einen Anspruch auf das rechtsgeschäftliche Entgelt zu geben, daß alle von der ablehnenden Meinung geäußerten Bedenken demgegenüber nicht in Betracht kommen. Ueberdies erscheint mir das von Kisch[10] gewählte Beispiel keineswegs überzeugend, da es sehr gut möglich ist, daß der Käufer anstatt Schadensersatzes die Herausgabe des Gemäldes, wenn es einen höheren Wert hat als das Pferd, verlangt. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß es sich nur um ein Recht des Gläubigers handelt, das er lediglich dann ausüben wird, wenn es für ihn von Vorteil ist.

---

6) Windscheid-Kipp, S. 98; Planck-Siber, § 281, 2c, 2. Abschnitt.
7) Planck-Siber, § 281, 2c, 2. Abschnitt.
8) Planck-Siber, § 281, 2c, 2. Abschnitt.
9) RG. 105, 89.
10) S. 199, Anm.

In dem von uns behandelten Falle ist der Rücktrittsberechtigte also dem Rücktrittsverpflichteten gegenüber gemäß § 281 zur Herausgabe des Erlöses verpflichtet. Der Rücktrittsgegner kann gegen den Zurückgetretenen noch einen anderen Anspruch geltend machen, nämlich den aus § 812 Abs. 1 Satz 2. Da gemäß der Theorie der direkten Wirkung (der wir uns angeschlossen haben) der Rücktritt für den Schuldvertrag ex tunc wirkt, so ist die den erfolgten Leistungen zugrunde liegende causa mit rückwirkender Kraft weggefallen (causa finita). Demnach ist jeder Teil um den Gegenstand, der an ihn seinerzeit geleistet und noch nicht von ihm zurückgewährt worden ist, auf Kosten des anderen Teils ungerechtfertigt bereichert.[11] Hat nun der Rücktrittsberechtigte den zurückzugewährenden Gegenstand veräußert oder ist dieser Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert worden, so ist er um den Erlös aus dieser Veräußerung bereichert (§ 818 Abs. 2). Die Vorschrift des § 812 Abs. 1 Satz 2 versagt aber, wenn die Bereicherung des Rücktrittsberechtigten weggefallen ist. (§ 818 Abs. 3).[12]

Die Behandlung dieser beiden Ansprüche zeigt, daß die Anwendung des § 281 gegenüber der Anwendung des § 812 den Vorzug verdient. Denn der Kondiktionsanspruch versagt in den Fällen, in denen der Rücktrittsberechtigte nicht mehr bereichert ist. Der Weg über § 812 bietet also dem Rücktrittsverpflichteten nur eine in starkem Maße beschränkte Möglichkeit, sich schadlos zu halten.

Wir wollen uns mit einem anderen Falle befassen, in welchem dem Rücktrittspflichtigen auch ein Anspruch aus § 281 gegen den Rücktrittsberechtigten zu Gebote steht. Der Zurückgetretene hat auf den zurückzugewährenden Gegenstand zugunsten eines Dritten unter den Voraussetzungen des Notstandes eingewirkt und hierbei diesen zerstört oder beschädigt. Auf welchem Wege kann der Rücktrittsverpflichtete einen Ersatz des ihm durch die Einwirkung seitens des Rücktrittsberechtigten entstandenen Schadens erlangen? Eine direkte Anwendung des § 904 ist nicht möglich, da der Rück-

11) Vgl. jedoch Oertmann, § 351, 3b.

12) Die Vorschrift des § 819, die den Wegfall der Bereicherung bei Kenntnis des Empfängers, also des Rücktrittsberechtigten, vom Mangel des rechtlichen Grundes für unbeachtlich erklärt, kommt hier kaum in Betracht. Kennt nämlich der Rücktrittsberechtigte den Mangel des rechtlichen Grundes, so wird doch in der Regel ein Verschulden des Rücktrittsberechtigten in bezug auf seine Rückgewährpflicht anzunehmen sein. Es greifen sodann die Vorschriften der §§ 347, 354 Platz und wir sind daher nicht auf die Bestimmung des § 819 angewiesen.

trittsberechtigte der Eigentümer des zurückzugewährenden Gegenstandes ist. M. E. ist es auch nicht angängig, dem Rücktrittsverpflichteten den Schadensersatzanspruch aus § 904 Satz 2 auf Grund einer analogen Anwendung dieser Vorschrift zuzusprechen.[13] Denn der Rücktrittspflichtige hat lediglich einen **obligatorischen** Anspruch auf Uebereignung des Gegenstandes (condictio). Auf Grund dieses Anspruchs allein kann man nun dem Rücktrittsverpflichteten nicht die Stellung verleihen, die im § 904 der Eigentümer[14] hat.

Der Rücktrittsverpflichtete kann jedoch gegen den Rücktrittsberechtigten einen Anspruch aus einem anderen Rechtsgrunde herleiten. Hat nämlich der Rücktrittsberechtigte zugunsten eines Dritten die Notstandshandlung begangen, dann kann er von dem Dritten den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die Einwirkung auf die Sache (ihre Zerstörung oder Beschädigung) entstanden ist, und zwar nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 f.). Die für einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683) erforderlichen Voraussetzungen sind erfüllt; denn die Einwirkung des Zurückgetretenen auf die Sache entspricht dem objektiven Interesse und zum mindesten dem mutmaßlichen Willen des Dritten. Die Einwirkung hat nun, soweit sie eine Zerstörung oder eine Beschädigung des Gegenstandes zur Folge gehabt hat, die Rückgewähr des Gegenstandes an den Rücktrittsverpflichteten unmöglich oder wenigstens teilweise unmöglich gemacht und hierbei gleichzeitig einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag zur Entstehung gebracht. Demnach kann der Rücktrittsverpflichtete vom Rücktrittsberechtigten gemäß § 281 Herausgabe des Ersatzes bezw. Abtretung des Ersatzanspruches verlangen, den der Rücktrittsberechtigte für die Zerstörung oder Beschädigung der Sache erlangt hat. In diesem Falle stehen der Anwendung des § 281 m. E. **keine** Bedenken entgegen, da der Umstand, der die Rückgewähr unmöglich macht, mit dem Umstand, der den Ersatz bezw. den Ersatzanspruch begründet, identisch ist.

Wir wollen uns nun einem anderen Falle zuwenden, in welchem der Rücktrittsverpflichtete lediglich einen An=

---

13) Vgl. jedoch Planck-Siber, § 351, 1b, der nebenbei den Anspruch aus § 904, Satz 2 erwähnt.

14) Dem Eigentümer werden in Theorie und Praxis nur der Besitzer und der dinglich Berechtigte gleichgestellt.

spruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Rücktrittsberechtigten geltend machen kann. Der Rücktrittsberechtigte hat nach dem Rücktritt den zurückzugewährenden Gegenstand umgestaltet. Da, wie oben dargelegt, infolge des Rücktritts die den erfolgten Leistungen zugrunde liegende causa mit rückwirkender Kraft weggefallen ist, so ist der Rücktrittsberechtigte um den ursprünglichen Gegenstand, den er zu einem andern umgestaltet hat, auf Kosten des Rücktrittsgegners ungerechtfertigt bereichert.[15] Da nun die Herausgabe des ursprünglichen Gegenstandes infolge einer Spezifikation nicht möglich ist, so ist der Zurückgetretene gemäß § 818 Abs. 2 zum Ersatze des Wertes des ursprünglichen Gegenstandes verpflichtet, sofern er noch bereichert ist (§ 818 Abs. 3). Des näheren brauchen wir hierauf nicht einzugehen, da die bei der Behandlung der condictio im Falle der Veräußerung gemachten Ausführungen auch hier Geltung haben.

Wie wir zusammenfassend sagen können, ist der Rücktrittsverpflichtete in den Fällen, in denen die Anwendung der §§ 347, 354 mangels eines Verschuldens versagt, in der Lage, sich für die trotz des Verlustes seines Rückgewähranspruches weiter bestehende Rückerstattungsverpflichtung schadlos zu halten, sofern die Voraussetzungen der §§ 281 und 812 gegeben sind.

C.

Besteht ein Ausgleichsbedürfnis zugunsten des Rücktrittsverpflichteten, wenn dem Rücktrittsverpflichteten Ansprüche weder aus §§ 347, 354 noch aus §§ 281, 812 zustehen?

§ 7.

I. Kein Ausgleichsbedürfnis besteht bei Ereignissen, die den Rücktritt nicht ausschließen würden, wenn sie vor dem Rücktritt erfolgt wären.

Wir wollen uns nun der Frage zuwenden, ob es für den Rücktrittsverpflichteten stets eine gerechte und ange-

15) Vgl. Schollmeyer, § 352, 3.

messene Lösung ist, daß in den die Anwendung der §§ 281, 812 ausschließenden Fällen dem Rücktrittsverpflichteten die Möglichkeit genommen ist, sich einen Ausgleich dafür zu verschaffen, daß er trotz Fortfalls seines Rückgewähranspruchs zur Rückerstattung verpflichtet bleibt. Ein Anlaß, nach einem Wege zu suchen, auf dem sich dies Ergebnis beseitigen ließe, besteht nur dann für uns, wenn es sich bei der im folgenden anzustellenden Untersuchung ergibt, daß die Rückerstattungspflicht, die dem Rücktrittspflichtigen trotz des Nichtbestehens eines Gegenanspruchs gegenüber dem Zurückgetretenen obliegt, in allen oder wenigsten einigen Fällen mit dem Rechtsgefühl nicht in Einklang zu bringen ist.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, wie die Rechtslage sich gestalten würde, wenn dieselben Ereignisse, die, nach Rücktritt erfolgt, mangels eines Verschuldens keinen Anspruch aus §§ 347, 354 auslösen, vor Rücktritt eingetreten wären. Ergibt es sich nun, daß die Stellung des Rücktrittsberechtigten gegenüber dem Rücktrittsverpflichteten ungünstiger wäre, wenn die Ereignisse zuvor eingetreten wären, so entspricht dieses Ergebnis nicht den Grundsätzen rechtlicher Logik. Mit der Erklärung des Rücktritts wird nämlich die Rückgewährpflicht, die bisher für den Rücktrittsberechtigten nur eine eventuelle gewesen ist, zu einer gegenwärtigen. Die Nichterfüllung der gegenwärtigen Rückgewährpflicht kann daher für den Rücktrittsberechtigten keine leichteren Folgen haben als die Nichterfüllung der vor Rücktrittserklärung nur eventuell bestehenden Rückgewährpflicht. Vom Gesichtspunkt der rechtlichen Logik aus ist vielmehr zu verlangen, daß Ereignisse, die nach dem Rücktritt eingetreten sind, diesen gegenüber dem Rücktrittsverpflichteten zum mindesten nicht besser stellen, als wenn sie zuvor erfolgt wären.[1]

Um nun die vorhin gestellte Frage entscheiden zu können, müssen wir folgende Untersuchung anstellen:

Wirken sich diejenigen Ereignisse, die, nach dem Rücktritt eingetreten, den Rücktrittsverpflichteten seines Rückgewähranspruchs verlustig gehen lassen, ebenso ungünstig für den Rücktrittsverpflichteten aus, wenn sie vor dem Rücktritt erfolgt sind?

Oder mit anderen Worten:

1) Windscheid-Kipp, S. 349.

Stellen die Ereignisse, die, nach dem Rücktritt erfolgt, den Rücktrittsberechtigten von seiner Rückgewährpflicht befreien, den Rücktrittsberechtigten ebenso günstig, wenn sie zuvor eingetreten sind?

Wie wir schon in der Einleitung kurz angedeutet haben, hat der Gesetzgeber die Bestimmungen über den Ausschluß des Rücktritts durch die vor dem Rücktritt eingetretenen Ereignisse in geradezu kasuistischer Weise geregelt. Anstatt ein einheitliches Prinzip hierfür aufzustellen, hat er geglaubt, seiner Aufgabe durch Regelung einzelner Fälle gerecht werden zu können. Hieraus folgt für uns die Notwendigkeit, die einzelnen Arten von Ereignissen im Hinblick auf ihre Wirkung vor und nach dem Rücktritt zu erörtern. Diese kasuistische Regelung im Gesetz führt mitunter zu Unterscheidungen, die in der Praxis des Lebens eigenartig und seltsam wirken. Hieran läßt sich nun de lege lata nichts ändern. Maßgebend bei einem Vergleich des Einflusses der vor Rücktritt eingetretenen Ereignisse auf das Rücktrittsrecht mit dem der nachträglichen Ereignisse ist nur die gesetzliche Regelung des Ausschlusses des Rücktritts, nicht etwa die Regelung, wie sie de lege ferenda zu befürworten wäre. Man mag zwar z. B. die rücktrittausschließende Wirkung der vom Rücktrittsberechtigten nicht zu vertretenden Umgestaltung nicht billigen und der Meinung sein, daß nur die verschuldete Umgestaltung dem Rücktritt entgegenstehe dürfe. Man kann jedoch nicht das Ergebnis für angemessen halten, daß eine nach Rücktritt ohne Verschulden vorgenommene Umgestaltung den Rückgewähranspruch des Rücktrittsberechtigten völlig unberührt läßt und auch keinen Anspruch des Rücktrittspflichtigen auslöst. Vielmehr muß man hier sagen: Hat nun der Gesetzgeber der Umgestaltung rücktrittausschließende Wirkung beigelegt, so muß die Umgestaltung nach Rücktritt, also zu einer Zeit, da die Rückgewährpflicht des Rücktrittsberechtigten feststeht, erst recht sich für den Rücktrittsberechtigten nachteilig auswirken. Denn der Gesetzgeber kann nicht die Absicht gehabt haben, den Rücktrittsberechtigten nach Rücktritt besser zu stellen als vor Rücktritt.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß ein Ausgleich zugunsten der Rücktrittsverpflichteten in den Fällen

erforderlich ist, in denen die Stellung des Rücktrittsverpflichteten **nach** Rücktritt schlechter als vor Rücktritt ist.

Unsere Aufgabe ist es nun, folgende Fragen kurz zu erörtern:

Welche von den Ereignissen, die, nach Rücktritt erfolgt, den Rücktrittspflichtigen seines Rückgewähranspruches verlustig gehen und auch keinen anderen Anspruch an dessen Stelle entstehen lassen würden, schließen den Rücktritt aus, wenn sie zuvor erfolgt sind, und welche von diesen stehen der Ausübung des Rücktrittsrechts nicht entgegen?

Es ist in der Literatur sehr umstritten, in welchem Sinne der Gesetzgeber den Ausdruck Verschulden hinsichtlich der vor dem Rücktritt eingetretenen Ereignisse im § 351 verwendet. Um uns klar darüber werden zu können, inwieweit Ereignisse dem Rücktritt nicht entgegenstehen, müssen wir auf diese Frage ebenso wie auf die anderen hierbei auftretenden Probleme eingehen, mag dies auch als eine Abschweifung vom Kern des Themas erscheinen. Wir werden uns aber bemühen, diese Probleme so kurz als möglich zu behandeln und ihnen nur insoweit Raum zu geben, als es unumgänglich notwendig ist. Der in der Literatur erhobene Einwand, daß das Verschulden des Rücktrittsberechtigten vor der Ausübung des Rücktrittsrechts nicht als ein Verschulden im eigentlichen Sinne zu verstehen sei, liegt sehr nahe; denn erst die Ausübung des Rücktrittsrechts bringt für den Rücktrittsberechtigten die Verpflichtung zur Rückgewähr zur Entstehung. Der Rücktrittsberechtigte ist somit vor Ausübung des Rücktritts dem Rücktrittsgegner gegenüber keineswegs verpflichtet, sondern lediglich berechtigt. Das Verschulden im eigentlichen Sinne betrifft aber nur die Verletzung fremder Interesse. Demnach kann der Gesetzgeber ein Verschulden im eigentlichen Sinne hier wohl nicht gemeint haben. Die verschiedenartigsten Auffassungen werden in der Literatur hinsichtlich dieses Verschuldens vertreten.[2] Im Gegensatz zu Kisch und Schollmeyer, die ein Verschulden im technischen Sinne annehmen und deren Ansicht schon aus den oben dargelegten Gründen nicht zu billigen ist, steht die Meinung der übrigen Schriftsteller.

2) Vgl. Oertmann, § 351, 1; Staudinger-Kuhlenbeck, § 351, 1; Windscheid-Kipp, § 324, Zus. 4c; Kohler, § 66, II, 1; Planck-Siber, § 351, 1b; Zitelmann, S. 170; M. Wolff, § 131, II, 2, Anm. 11; Lantermann, S. 27; RGRK. § 351; v. Tuhr II, 2, S. 495, Anm. 107; Schollmeyer, § 353, 1; Kisch, Unmöglichkeit, S. 141.

Um nicht allzusehr vom Thema abzuschweifen, müssen wir uns darauf beschränken, nur einige von den in der Literatur vertretenen Ansichten anzuführen. Oertmann und Staudinger beziehen in das Verschulden jede freie imputable, nicht durch die Verhältnisse gebotene oder gestattete Handlung ein. Kipp versteht unter dem Verschulden des § 351 ein Verschulden in bezug auf den Leistungsgegenstand, nicht aber auf die eventuelle Rückgewährpflicht. Siber, Zitelmann, M. Wolff und RGRK. hingegen sehen dieses Verschulden als ein Verschulden gegen sich selbst an. Trotz der Verschiedenheit der Auffassungen ist mit Ausnahme von Schollmeyer und Kisch die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller sich im Ergebnis darüber einig, daß das Verschulden im Sinne des § 351 nicht Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis vom Rücktrittsrecht voraussetzt. Bedenkenfrei ist keine der hier genannten Ansichten. Wiewohl auch die von Siber, Zitelmann, M. Wolff und RGRK. vertretene Ansicht, daß das Verschulden im Sinne des § 351 sich als ein Verschulden gegen sich selbst darstellt, nicht jedes Bedenken ausschließt, so erscheint doch diese Meinung am klarsten und mit dem Wortlaut des Gesetzes am meisten vereinbar. Ebenso ist auch die von Siber dafür gegebene Begründung, warum zu diesem Verschulden nicht Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis vom Rücktrittsrecht zu gehören brauche, am verständlichsten und einleuchtendsten.[3] Da also das Verschulden im § 351 als ein Verschulden gegen sich selbst anzusehen ist, so stehen dem Rücktritt nur solche Ereignisse nicht entgegen, bei denen dem Rücktrittsberechtigten sogar kein schuldhafter Verstoß gegen eigenes Interesse zur Last fällt. Dies sind entweder vom Willen des Rücktrittsberechtigten unabhängige Ereignisse oder — schuldlose oder schuldhafte — Handlungen eines Dritten, für welche der Rücktrittsberechtigte nicht haftet, oder schuldlose Handlungen des Rücktrittsberechtigten. Schuldlos aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens gegen sich selbst kann nun eine Handlung des Rücktrittsberechtigten aus mehrfachen Gründen sein. Wie ein Verschulden gegen Fremde setzt ein Verschulden gegen sich selbst auch einen objektiven Tatbestand voraus.[4] Allerdings gehört zum objektiven Tatbestand nicht die Rechtswidrigkeit, da in den

3) Planck-Siber, § 351, 1b.
4) Zitelmann, S. 166 ff.

Fällen des Verschuldens gegen sich selbst keine Rechtspflicht zu einem bestimmten Verhalten bestand. Vielmehr ist erforderlich, daß das Verhalten des Rücktrittsberechtigten objektiv zu mißbilligen ist oder, um einen anderen Ausdruck zu gebrauchen, wirtschaftswidrig ist.[5]

„Die Wirtschaftswidrigkeit füllt hier den Platz aus, den bei einem Verschulden gegen Fremde die Rechtswidrigkeit einnimmt".[6] Fehlt nun das Merkmal der Wirtschaftswidrigkeit, so ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt und ein Verschulden gegen sich selbst liegt nicht vor. Demgemäß ist eine Handlung des Rücktrittsberechtigten als unverschuldet aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens gegen sich selbst anzusehen, wenn das von ihm getätigte Verhalten wirtschaftlich und ordnungsgemäß war, mag er auch vom Bestehen des Rücktrittsrechts Kenntnis gehabt haben. Schuldlos aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens gegen sich selbst kann die Handlung des Rücktrittsberechtigten selbst bei Kenntnis vom Rücktrittsrecht noch aus einem anderen Grunde sein. Es können nämlich höherwertige Interessen oder besondere Umstände den Rücktrittsberechtigten zu seinem Verhalten bestimmt haben, das mangels dieser höherwertigen Interessen oder besonderen Umstände objektiv zu mißbilligen wäre. Allerdings kann zwar keine Rede von Ausschließungsgründen der objektiven Rechtswidrigkeit sein (Notwehr, Notstand), da das Verhalten des Rücktrittsberechtigten, wie oben dargelegt, nicht objektiv rechtswidrig zu sein braucht.[7] Man muß aber im Wege der Analogie dahin gelangen, daß besondere Umstände, welche das Verhalten der Person gerade in diesem Falle zu einem für die Person selbst ethisch oder egoistisch gebotenen machten, die Wirtschaftswidrigkeit ausschließen.[8] Ist also der Rücktrittsberechtigte durch diese besondern Umstände zur Vornahme einer die unversehrte Rückgabe vereitelnden Handlung veranlaßt worden, so ist diese Handlung als unverschuldet aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens gegen sich selbst anzusehen, mag auch dem Rück-

5) Vgl. auch v. Tuhr, II. Bd., 2. Hälfte, S. 495.
6) M. Wolff, § 56, I, 2, Anm. 10.
7) Vgl. Zitelmann, S. 168.
8) Beispiele: Der Rücktrittsberechtigte benutzt den zurückzugewährenden Kahn, um einen Menschen zu retten, und zerstört oder beschädigt ihn hierbei. Er verbraucht Nahrungsmittel, um zu verhindern, daß sie durch Verderb wertlos werden, als Viehfutter. Er erschießt ein Tier, das nach dem Kaufe ohne sein Verschulden erkrankt ist, um eine Ansteckung der anderen Tiere durch dieses Tier zu verhindern.

trittsberechtigten das Bestehen des Rücktrittsrechts bekannt gewesen sein.

In der Literatur wird nun der Versuch gemacht, die ohne schuldhaften Verstoß gegen eigenes Interesse vorgenommenen Handlungen als rücktrittausschließend anzusehen. M. E. sind alle dahingehenden Ansichten[9] abzulehnen, weil sie mit der Vorschrift des § 350 nicht in Einklang zu bringen sind. Nach dieser Bestimmung stehen die vom Rücktrittsberechtigten nicht zu vertretenden Ereignisse dem Rücktritt nicht entgegen, ohne Rücksicht darauf, ob sie ohne Zutun des Rücktrittsberechtigten eingetreten sind, oder ob sie von ihm herbeigeführt worden sind. Eine Unterscheidung in zu entnehmen. Der Wortlaut des § 320 läßt vielmehr dieser Richtung ist aus der Bestimmung des § 350 nicht erkennen, daß der Gesetzgeber es hierbei lediglich auf die Frage des Verschuldens abgestellt hat. Ebensowenig ist eine analoge Anwendung des § 352, wie sie Enneccerus befürwortet,[10] angängig. Denn der Gesetzgeber läßt die Frage des Verschuldens lediglich im besonderen Falle der Umgestaltung unberücksichtigt. Die Bestimmung des § 352 stellt somit nur eine lex spezialis dar. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift ist daher nicht möglich. Die von Siber[11] vertretene Ansicht endlich, daß der Rücktrittsberechtigte mit seinem Rückgewähranspruch durch Einrede zurückgeschlagen werden kann, wenn er nicht freiwillig Ersatz des Wertes anbietet, ist ebenfalls abzulehnen. Die Siber'sche Ansicht steht zwar mit der Vorschrift des § 350 insoweit nicht in Widerspruch, als Siber die in Kenntnis des Rücktritts, jedoch ohne schuldhaften Verstoß gegen eigenes Interesse vorgenommenen Handlungen nicht als rücktrittausschließend ansieht. Der auf Grund des Rücktritts dem Rücktrittsberechtigten zustehende Rückgewähranspruch kann nun aber durch die Geltendmachung des von Siber dem Rücktrittsverpflichteten zuerkannten Einrederechts aus § 242 entkräftet werden. Auf diese Weise wird der Zweck der Bestimmung des § 350,

9) Vgl. Planck, 3. Aufl., § 351 und Planck-Siber, 4. Aufl., § 351, 1b; Enneccerus, § 263, Anm. 7; Rehbein II, S. 251. Wenn auch Planck-Siber (4. Aufl., § 351, 1b) Enneccerus als einen Vertreter dieser von uns abgelehnten Ansichten benennt, so ist es sehr zweifelhaft, ob Enneccerus ebensoweit geht wie Planck (3. Aufl.). Denn das von Enneccerus angeführte Beispiel stellt einen Fall dar, der nach der überwiegenden Meinung einen schuldhaften Verstoß gegen eigenes Interesse enthält. Ebenso das von Rehbein angeführte Beispiel.

10) Enneccerus, § 263, Anm. 7.

11) Planck-Siber, 4. Aufl., § 351, 1b.

beim Nichtvorliegen eines schuldhaften Verhaltens dem Rücktrittsberechtigten den Rücktritt zu gestatten und ihm somit die Rückerlangung des Geleisteten zu ermöglichen, vereitelt. Vergegenwärtigen wir uns also, zu welchem Ergebnis die Siber'sche Ansicht führt, so müssen wir die Zuerkennung eines Einrederechts gegenüber der Rückgewährforderung der Umgehung der Vorschrift des § 350 gleich erachten.

Die bisherigen Darlegungen gelten für alle Arten von Ereignissen mit Ausnahme der Veräußerung und der ihr gleichgestellten Rechtsakte.[12] Die Wirkung dieser Verfügungen auf das Rücktrittsrecht hat der Gesetzgeber in der Vorschrift des § 353 gesondert behandelt.[13] Wie nun die vom Rücktrittsberechtigten zu vertretende Verfügung den Rücktritt nicht schlechthin ausschließt, so läßt die Verfügung, die der Rücktrittsberechtigte ohne ein Verschulden getroffen hat, das Rücktrittsrecht nicht schlechthin unberührt. Entscheidend ist vielmehr für die Wirkung dieser Verfügung auf das Rücktrittsrecht das Verhalten derjenigen, die den Gegenstand infolge einer solchen Verfügung[14] erlangt haben. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob den Rücktrittsberechtigten ein Verschulden trifft. Diese Verfügungen lassen ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Rücktrittsberechtigten das Rücktrittsrecht unberührt, wenn der Dritterwerber die wesentliche Verschlechterung oder die Unmöglichkeit der Herausgabe eines erheblichen Teils des Gegenstandes nicht verschuldet[15] und auch nicht einen erheblichen Teil desselben umgestaltet hat.

Hiernach stehen außer den oben behandelten vom Rücktrittsberechtigten nicht zu vertretenden Ereignissen in zweiter Linie die Verfügungen des Rücktrittsberechtigten unabhängig von dessen Verschulden dem Rücktritt nicht entgegen, sofern

---

12) Der Veräußerung ist im § 353 die Belastung gleichgestellt. Ferner sind der Veräußerung und Belastung folgende Zwangsverfügungen gleichgestellt: Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, im Wege der Arrestvollziehung oder durch die Konkursverwalter. Im folgenden werden wir den alle diese Rechtsakte umfassenden Ausdruck „Verfügung" verwenden.

13) Vgl. Planck-Siber, § 353, wo die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift kurz angedeutet ist.

14) Voraussetzung ist, daß ein Dritter den Gegenstand erlangt hat. Ist der Gegenstand trotz einer Belastung im Besitze des Rücktrittsberechtigten geblieben, so kann die Belastung höchstens als wesentliche Verschlechterung angesehen werden, bei der nicht die vom Gesetzgeber im § 353 aufgestellte besondere Regel, sondern die allgemeine Bestimmung des 351 Anwendung findet. Vgl. hierzu Schollmeyer, § 353, 2a; Lantermann, S. 69.

15) Das Verschulden des Dritten, das außer im Falle der Umgestaltung Voraussetzung für den Ausschluß des Rücktritts ist, braucht nicht ein Verschulden in fremden Angelegenheiten zu sein (z. B. Dritter ist dem Rücktrittsberechtigten zur Erhaltung des Gegenstandes verpflichtet); es genügt vielmehr, wenn er gegen eigenes Interesse verstoßen hat.

beim Dritterwerber die Voraussetzungen der §§ 351, 352 nicht vorliegen.

Drittens schließen Ereignisse, bei denen dem Rücktrittsberechtigten sogar ein Verschulden zur Last fällt, den Rücktritt nicht aus, sofern die Verschlechterung des zurückzugewährenden Gegenstandes unwesentlich ist, die Unmöglichkeit nur einen unerheblichen Teil des Gegenstandes betrifft, oder nur ein Unvermögen des Rücktrittsberechtigten zur Herausgabe des Gegenstandes vorliegt. Denn § 351 legt nur der wesentlichen Verschlechterung und der einen erheblichen Teil betreffenden Unmöglichkeit rücktrittausschließende Wirkung bei und läßt hierbei das Unvermögen ganz unerwähnt. Ein anfängliches Unvermögen kann nun der Unmöglichkeit nicht gleichgestellt werden.[16]

Bei der Erörterung derjenigen Ereignisse, die dem Rücktritt nicht entgegenstehen, haben wir die Feststellung gemacht, daß sogar gewisse vom Rücktrittsberechtigten im Sinne eines schuldhaften Verstoßes gegen eigenes Interesse zu vertretenden Ereignisse keine rücktrittausschließende Wirkung haben.

Wir wollen uns nun den Ereignissen zuwenden, die den Rücktritt ausschließen. Nicht nur vom Rücktrittsberechtigten zu vertretende, sondern auch gewisse schuldlose Ereignisse nehmen diesem die Möglichkeit des Rücktritts.

Den Rücktritt schließen erstens die Unmöglichkeit der Herausgabe eines erheblichen Teiles des zurückzugewährenden Gegenstandes und die wesentliche Verschlechterung desselben aus, sofern der Rücktrittsberechtigte sie verschuldet hat.

Zweitens stehen dem Rücktritt die Verfügungen des Rücktrittsberechtigten ohne Rücksicht auf sein Verschulden entgegen, sofern beim Dritterwerber die Voraussetzungen der §§ 351, 352 vorliegen, d. h. sofern der Dritterwerber die Unmöglichkeit der Herausgabe eines erheblichen Teiles des zurückzugewährenden Gegenstandes oder die wesentliche Verschlechterung desselben unter schuldhaftem Verstoß gegen

16) So Planck-Siber, § 351, 1a; § 351, 7 und § 354, 2; Staudinger, § 354, 2; anders § 351, 1 a. E.; Siegel, JW. 06, 802; a. M. RG. 50, 190; 56, 260 ff., 270; 59, 93; 102, 314; Warneyer 1913, Nr. 190; Dresden, Sächs. Ann. 09, 183; RGRK. § 351, 1; Schollmeyer, § 351, 2b; Sternberg, JW. 06, 623 ff. M. E. bezieht sich § 351 nur auf Unmöglichkeit, da der Gesetzgeber die Ausdrücke „Unmöglichkeit" und „Unvermögen" scharf voneinander trennt. Eine Gleichstellung von Unmöglichkeit und Unvermögen käme nur dann in Betracht, wenn es sich um Fälle des nachträglichen Unvermögens und der nachträglichen Unmöglichkeit handelte.

eigenes Interesse herbeigeführt oder einen erheblichen Teil des Gegenstandes sogar schuldlos umgestaltet hat.

Drittens schließt den Rücktritt gemäß § 352 die vom Rücktrittsberechtigten vorgenommene Umgestaltung des zuzugewährenden Gegenstandes oder eines erheblichen Teils[17] desselben aus, ohne Rücksicht darauf, ob den Rücktrittsberechtigten hierbei ein Verschulden — sei es gegen Fremde oder gegen sich selbst — trifft.

Diese Darlegungen zeigen uns, daß diejenigen Ereignisse, die, nach Rücktritt erfolgt, dem Rücktrittsverpflichteten seinen Rückgewähranspruch nehmen, ohne einen anderen Anspruch an dessen Stelle treten zu lassen, verschiedene Wirkungen haben, wenn sie vorher eingetreten sind. Einige von diesen stehen der Rücktrittserklärung nicht entgegen, andere hingegen schließen den Rücktritt aus. Soweit nun die Ereignisse, vor Rücktritt erfolgt, den Rücktritt nicht ausschließen, haben sie die gleiche Wirkung, wie wenn sie nach Rücktritt erfolgt sind. Denn ebenso wie dem Rücktrittsberechtigten der Rücktritt und somit die Geltendmachung des Rückgewähranspruchs unbenommen bleibt, wenn diese Ereignisse vor Rücktritt eingetreten sind, so bleibt der dem Rücktrittsberechtigten aus dem Rücktritt erwachsene Rückgewähranspruch unberührt, wenn dieselben Ereignisse erst nachträglich erfolgt sind. Die Stellung des Rücktrittsberechtigten gegenüber dem Rücktrittsverpflichteten ist demnach die gleiche, gleichviel ob das Ereignis vor oder nach Rücktritt erfolgt. In beiden Fällen kann also der Rücktrittsberechtigte den von ihm hingegebenen Gegenstand zurückverlangen, ohne daß die das Rücktrittsrecht betreffenden Bestimmungen dem Rücktrittsverpflichteten die Handhabe zur Geltendmachung einer Einrede oder einer Gegenforderung bieten. Die Lage des Rücktrittsberechtigten erfährt somit weder eine Verbesserung noch eine Verschlechterung dadurch, daß das Ereignis erst nach der Rücktrittserklärung eintritt.

Dieses Ergebnis widerspricht also nicht der logisch durchaus berechtigten Forderung, daß nach Rücktritt eingetretene Ereignisse dem Rücktrittsberechtigten zum mindesten nicht eine günstigere Stellung verleihen, als wenn sie vorher erfolgt sind. Hiernach ist dieses Ergebnis nicht zu beanstanden.

17) Vgl. Planck-Siber, § 352.

§ 8.

II. **Ausgleichsbedürfnis besteht bei Ereignissen, die den Rücktritt ausschließen würden, wenn sie vor dem Rücktritt erfolgt wären.**

Wir wollen nun die Frage untersuchen, ob ein Ausgleich zugunsten des Rücktrittsverpflichteten bei denjenigen Ereignissen notwendig ist, die, vor Rücktritt erfolgt, den Rücktritt ausschließen, dagegen nach Rücktritt eingetreten, den Rückgewähranspruch des Zurückgetretenen unberührt lassen. Hier ist die rechtliche Wirkung der Ereignisse verschieden, je nachdem sie vor oder nach Rücktritt erfolgt sind. Tritt nämlich ein solches Ereignis vor Rücktritt ein, so kann der Rücktrittsberechtigte infolge des Ausschlusses des Rücktritts vom Rücktrittsverpflichteten die Rückgabe des Gegenstandes nicht verlangen. Erfolgt dagegen ein solches Ereignis erst nachträglich, dann steht dem Rücktrittsberechtigten ein Anspruch gegen den Rücktrittsverpflichteten auf Rückgewähr des Geleisteten zu, ohne daß dieser ihm gegenüber eine Einrede oder eine Gegenforderung geltend machen kann. Dieselben Ereignisse, vor Rücktritt erfolgt, stellen hiernach den Rücktrittsberechtigten schlechter, als wenn sie nachher eingetreten wären. Dieses Ergebnis ist unhaltbar und keineswegs zu billigen. Denn, wie oben erwähnt, widerspricht es dem Rechtsgefühl, daß Ereignisse, nach Rücktritt erfolgt, den Rücktrittsberechtigten gegenüber dem Rücktrittsverpflichteten besser stellen, als wenn sie zuvor eingetreten sind. Als unangemessen ist das Ergebnis nicht nur dann anzusehen, wenn diese Ereignisse vom Rücktrittsberechtigten zu vertreten sind. Das Gleiche gilt auch dann, wenn diese Ereignisse eines Verschuldens entbehren. Denn der Verstoß gegen Recht und Billigkeit setzt als ein rein objektiver Begriff kein Verschulden voraus und kann somit unabhängig von einem Verschulden vorliegen.

D.

Auf welchem Wege ist ein Ausgleich zugunsten des Rücktrittsverpflichteten in den ausgleichsbedürftigen Fällen möglich?

§ 9.

I. Unzulässig ist die Annahme eines nachträglichen Unwirksamwerdens des erklärten Rücktritts.

Wir haben uns nun mit der Frage zu beschäftigen, auf welche Art und Weise für den Rücktrittsverpflichteten in denjenigen Fällen, in denen wir das Ergebnis als dem gesunden Rechtsbewußtsein widersprechend ansehen, ein Ausgleich herzustellen ist.

Die Frage, in welcher Weise die Stellung des Rücktrittsverpflichteten verbessert werden kann, ist in der Literatur äußerst spärlich behandelt. Die zur Lösung dieser Frage gemachten Vorschläge sind ganz allgemein gehalten. Kipp[1] will die aus dem Gesetze sich ergebende ungerechtfertigte Schlechterstellung des Rücktrittsverpflichteten dadurch beseitigen, daß die nach Rücktritt eingetretenen Ereignisse, die auf den vom Rücktrittsberechtigten wiederzuerstattenden Gegenstand einwirken, den erklärten Rücktritt nachträglich unwirksam machen sollen, soweit sie, vor Rücktritt erfolgt, den Rücktritt ausschließen würden. Kipp beschränkt sich zwar in dem von ihm angeführten Beispiel auf einen Fall, in dem ein schuldhafter Verstoß gegen eigenes Interesse vorliegt. Es ist jedoch aus seinen Ausführungen zu entnehmen, daß die Unwirksamkeit des Rücktritts bei allen Ereignissen, die, vor Rücktritt erfolgt, den Rücktritt ausschließen, Platz greifen solle, also eines eigenen Verschuldens zu vertretenden Ereignissen, die, vor Rücktritt erfolgt, den Rücktritt ausschließen. Denn auch bei den vom Rücktrittsberechtigten sogar nicht im Sinne zu der Ansicht, man müsse den Rücktritt als unwirksam behandeln, hat ihn lediglich die Erwägung veranlaßt, daß Ereignisse, nach Rücktritt erfolgt, den Rücktrittsverpflichteten nicht schlechter stellen dürfen, als wenn zuvor eingetreten. Die Rechtsstellung des Rücktrittsverpflichteten können nicht

1) Kipp zu Windscheid, S. 348/49.

nur die vom Rücktrittsberechtigten verschuldeten Ereignisse, sondern auch die vom Rücktrittsberechtigten nicht zu vertretenden Ereignisse verschlechtern, soweit sie, vor Rücktritt erfolgt, den Rücktritt ausschließen würden. Hiermit bejaht Kipp nicht prinzipiell die Frage, ob Handlungen des Rücktrittsberechtigten, die nach dem Rücktritt erfolgt sind, ebenso den Rücktritt unwirksam zu machen geeignet sind, wie zuvor begangene Handlungen den Rücktritt ausschließen. Er gibt vielmehr unumwunden zu, es lasse sich aus den Worten des Gesetzes nicht entnehmen, daß Umstände, welche, vor dem Rücktritt erfolgt, den Rücktritt ausschließen würden, den erklärten Rücktritt unwirksam machen, wenn sie nachträglich eingetreten sind. Wenn er hier das Unwirksamwerden des Rücktritts auf Grund nachträglich eintretender Umstände annimmt, so bestimmt ihn hierzu lediglich das unbefriedigende vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Ergebnis, daß Handlungen des Rücktrittsberechtigten, nach dem Rücktritt begangen, den Rücktrittsverpflichteten schlechter stellen würden, als wenn zuvor begangen.

M. E. ist die Ansicht Kipps de lege lata nicht zu rechtfertigen. Die Rücktrittserklärung beseitigt das alte Schuldverhältnis und setzt ein neues an seine Stelle. Will man nun das alte Schuldverhältnis wieder aufleben lassen, so muß man es durch Vertrag neu begründen. Eine andere Möglichkeit gibt es nicht, wie wir bereits oben dargelegt haben. Zwar läßt der Gesetzgeber im § 354 unter bestimmten Voraussetzungen den Rücktritt unwirksam werden. Jedoch stellt der § 354 lediglich eine Sondervorschrift dar, die von dem Grundsatz abweicht, daß der Rücktritt das Schuldverhältnis zum endgültigen Erlöschen bringt. Es ist daher eine analoge Anwendung dieser Vorschrift nicht angängig. Demgemäß läßt sich die von Kipp vertretene Ansicht mit dem Charakter und der Wirkung des Rücktritts nicht in Einklang bringen. Dieser Vorschlag hat zwar, wie schon oben erwähnt, seinen Grund nur in der Absicht Kipps, das unbefriedigende Ergebnis zu verhindern, und enthält keine prinzipielle Entscheidung der Frage, ob spätere Ereignisse den erklärten Rücktritt ebenso unwirksam zu machen geeignet sind, wie Ereignisse den Rücktritt ausschließen, wenn sie zuvor erfolgt sind. Dieses

„rein praktische Motiv“ kann uns aber auch nicht bestimmen, der Kippschen Ansicht beizutreten; denn sie steht in einem unlöslichen Widerspruch mit dem Charakter und der Wirkung des Rücktritts.

Ueberdies ist zu beachten, daß die aus der Kippschen Ansicht aus Gründen der Folgerichtigkeit[2] für den Rücktrittsverpflichteten sich ergebende Möglichkeit, in denjenigen Fällen, in denen ein eigentliches Verschulden des Rücktrittsberechtigten vorliegt, entweder den Rücktritt als unwirksam zu behandeln oder den Schadensersatzanspruch aus § 347 unter Rückgewähr des Empfangenen geltend zu machen, nicht nur mit dem Charakter des Rücktritts in Widerspruch steht, sondern dem Rücktrittsverpflichteten eine weit bessere Stellung verschafft, als der Gesetzgeber sie für ihn vorgesehen hat. Der Gesetzgeber hat nämlich die Vorschrift des § 347 allein als einen ausreichenden Schutz für den Rücktrittsverpflichteten angesehen. Wollte man nun dem Rücktrittsverpflichteten beide Möglichkeiten geben, so würde dies über die vom Gesetzgeber getroffene Regelung weit hinausgehen, und somit de lege lata nicht gerechtfertigt sein, wiewohl vom Standpunkt der Logik hiergegen nichts einzuwenden wäre.

§ 10.

II. **Zulässig ist die Anwendung des § 242.**

Siber[3] vertritt die Ansicht, daß ein nach dem Rücktritt eintretender Umstand die Unwirksamkeit der Rücktrittserklärung nie, und zwar ausnahmslos, zur Folge haben kann. Er versucht daher, auf anderem Wege als Kipp die für den Rücktrittsverpflichteten sich ergebende Unbilligkeit zu beseitigen. Er nimmt nämlich an, daß in denjenigen Fällen, in denen „die Unmöglichkeit oder Verschlechterung auf einem eigenen, aber dem Gegner gegenüber nicht schuldhaften Verhalten beruht“, der Rücktrittsberechtigte nach § 242 seine Gegenleistung nicht unentgeltlich zurückfordern

2) Vgl. Kipp bei Windscheid, S. 349. Kipp kommt zu folgendem Ergebnis: Wenn der Rücktrittsverpflichtete in den Fällen, in denen ein eigenes oder gar kein Verschulden des Rücktrittsberechtigten vorliegt, den Rücktritt als unwirksam behandeln kann, so muß dies erst recht in den Fällen eines eigentlichen Verschuldens des Rücktrittsberechtigten gelten.

3) Planck-Siber, § 351, 1c.

darf, sondern durch Einrede gemäß § 242 abzuweisen ist, wenn er sich nicht erbietet, den nicht geschuldeten Wert freiwillig zu ersetzen. Siber erwähnt zwar nur den Fall, in dem ein schuldhafter Verstoß des Rücktrittsberechtigten gegen eigenes Interesse vorliegt. M. E. geht aber Sibers Ansicht nicht dahin, die Anwendung des § 242 auf die Fälle zu beschränken, in denen ein eigenes Verschulden des Rücktrittsberechtigten vorliegt, und das unbefriedigende Ergebnis dann bestehen zu lassen, wenn es sich um vom Rücktrittsberechtigten nicht zu vertretende Ereignisse handelt, die, vor Rücktritt erfolgt, den Rücktritt ausschließen würden. Denn sowohl bei den vom Rücktrittsberechtigten zu vertretenden wie bei den unverschuldeten Ereignissen, die, vor Rücktritt eingetreten, den Rücktritt ausschließen würden, steht das Ergebnis mit Recht und Billigkeit in Widerspruch und bedarf einer Abänderung. Ferner bestehen gegen die Anwendung des § 242 auch in denjenigen Fällen, in denen ein vorwerfbares Verhalten des Rücktrittsberechtigten nicht vorliegt, keine Bedenken, da der Verstoß gegen Treu und Glauben ein objektiver Begriff ist und nichts mit gutem oder bösem Glauben des Rücktrittsberechtigten zu tun hat. Diese Gründe dürften wohl unsere Annahme durchaus rechtfertigen, daß der Vorschlag Sibers auch für die Fälle gilt, in denen den Rücktrittsberechtigten kein Verschulden trifft.

Wir wollen uns nun der Frage zuwenden, ob die Anwendung des § 242, durch die Siber die ungerechtfertigte Schlechterstellung des Rücktrittsverpflichteten beseitigen will, angängig ist. Daß das zwischen dem Zurückgetretenen und dem Rücktrittsgegner bestehende Schuldverhältnis kraft Gesetzes entstanden ist, schließt die Anwendung des § 242 nicht aus. Denn die Vorschrift des § 242 bezieht sich auf alle Schuldverhältnisse ohne Rücksicht, ob sie auf Rechtsgeschäft oder unmittelbar auf Gesetz beruhen.[4]

Dem Wortlaut des § 242 nach zu urteilen, bezieht sich diese Vorschrift nur auf den Schuldner. Jedoch wäre es verfehlt, das in § 242 ausgesprochene Prinzip auf die Leistung des Schuldners zu beschränken.[5] Nicht nur der

4) Staudinger, § 242, 6.
5) v. Tuhr II, 1, S. 545, Anm. 56.

Schuldner hat dem Grundsatz von Treu und Glauben entsprechend zu erfüllen, sondern auch der Gläubiger kann nur unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes seine Forderungen geltend machen. Somit dient die Vorschrift des § 242 auch zum Schutze des Schuldners gegen weitergehende unangemessene Anforderungen des Gläubigers und erfüllt insoweit die Aufgaben der früheren exceptio doli.[6] Im vorliegenden Falle unterliegt daher die Anwendung des § 242 zugunsten des Rücktrittsgegners gegenüber dem Rückgewähranspruch des Zurückgetretenen keinem Bedenken.

Zur Anwendung des § 242 ist auch nicht ein Verschulden, sei es gegen andere oder gegen sich selbst, überhaupt kein vorwerfbares Verhalten auf seiten desjenigen erforderlich, dem gegenüber § 242 Platz greifen soll. Es kommt somit die Bestimmung des § 242 nicht nur dann in Betracht, wenn der Zurückgetretene den von ihm zurückzugewährenden Gegenstand unter schuldhaftem Verstoß gegen eigenes Interesse zerstört oder verschlechtert hat, vielmehr ist die Anwendung des § 242 auch dann nicht ausgeschlossen, wenn dem Zurückgetretenen ein solcher Verstoß nicht zur Last fällt. Wie wir bereits oben dargelegt haben, ist der Begriff „Treu und Glauben" nämlich ein rein objektiver und von den subjektiven Momenten des guten oder bösen Glaubens durchaus zu scheiden. Eine entsprechende innere Absicht ist also zum Verstoß gegen den § 242 weder erforderlich noch ausreichend.[7]

Die Vorschrift des § 242 macht den Parteien des Schuldverhältnisses die Berücksichtigung von Treu und Glauben zur Pflicht. § 242 greift daher nur da Platz, wo Treu und Glauben die in § 242 vorgeschriebene Beachtung nicht findet. Somit ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 242 ein Verstoß gegen Treu und Glauben. Wollen wir nun hier die Frage nach der von Siber vertretenen Anwendbarkeit des § 242 im vorliegenden Falle beantworten, so müssen wir daher prüfen, ob ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt. Was bedeutet nun Treu und Glauben? Unter Treu und Glauben ist die unparteiische Abwägung der beiderseitigen Interessen

6) Oertmann, § 242, 4.
7) Oertmann, § 242, 2 a.

zu verstehen.[8] Hierbei soll der im § 242 enthaltene Hinweis auf die Verkehrssitte die tatsächlichen Voraussetzungen zur richtigen Bemessung der Leistung liefern.[9]

Ergibt nun eine unparteiische die Stellung beider Parteien zueinander vergleichende Betrachtung, daß der eine Teil sich in einer ungünstigeren Lage als der andere und zwar ungerechtfertigterweise befindet, so ist hierin ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken. Zur Annahme eines solchen Verstoßes reicht somit nicht die bloße Schlechterstellung des einen Teils aus, sondern diese Benachteiligung muß vielmehr ungerechtfertigt und unbegründet sein.

Wenn wir nun in den für die Anwendung des § 242 in Betracht kommenden Fällen die Interessen des Zurückgetretenen und des Rücktrittsgegners gegeneinander abwägen, so zeigt es sich uns, daß die Abwicklung des auf Grund der Rücktrittserklärung entstandenen Legalschuldverhältnisses eine Verschiedenheit der Stellung der beiden Parteien mit sich bringt. Der Zurückgetretene kann nämlich von dem Rücktrittsgegner die Rückgewähr des an diesen geleisteten Gegenstandes verlangen, während dem Rücktrittsgegner kein Anspruch gegen den Zurückgetretenen zusteht. Die ungünstigere Stellung des Rücktrittsgegners rechtfertigt allein noch nicht die Annahme eines Verstoßes gegen den durch § 242 zur Grundlage des Rechtsverkehrs gemachten Satz von Treu und Glauben. Es können nämlich Gründe vorliegen, die die Benachteiligung des einen Teils beim Schuldverhältnis rechtfertigen. Die Schlechterstellung der einen Partei im Verhältnis zur anderen kann ja in der Natur und im Charakter des Schuldverhältnisses begründet sein. Im vertraglichen Rücktrittsrecht trägt der Rücktrittsverpflichtete die Gefahr, gleichviel ob es sich um die Zeit vor der Rücktrittserklärung oder nach dieser handelt. Es ist daher zu erörtern, ob die Schlechterstellung des Rücktrittsverpflichteten ihren Grund in der eigenartigen Regelung der Gefahrtragung im vertraglichen Rücktrittsrecht hat. Dies ist jedoch zu verneinen. Die Lage des Rücktrittsverpflichteten wäre nämlich nicht un=

8) Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB. S. 107, 131, 147; Oertmann, § 242, 2 b. Die Schneidersche Definition erscheint mir treffender als die von Endemann, § 100, Nr. 2 b und von Stammler in „Richtiges Recht", S. 40/43.
9) Staudinger=Kuhlenbeck, § 242, 4; Oertmann, § 242, 3.

günstiger als die des Rücktrittsberechtigten, wenn dasselbe Ereignis, das die unversehrte Rückgabe des geleisteten Gegenstandes seitens des Rücktrittsberechtigten an den Rücktrittsverpflichteten vereitelt hat, vor der Rücktrittserklärung eingetreten wäre. Dann wäre das Rücktrittsrecht ausgeschlossen und somit auch die Geltendmachung eines Rückgewähranspruchs durch den Rücktrittsberechtigten nicht möglich. Die Gefahr trägt aber auch in der Zeit vor dem Rücktritt der Rücktrittsverpflichtete. Wenn also trotz der Gefahrtragung des Rücktrittsverpflichteten seine Stellung nicht schlechter als die des Rücktrittsberechtigten *vor* der Rücktrittserklärung ist, um wie vielmehr muß dies für die Zeit *nach* erklärtem Rücktritt gelten. Demnach ist in der Gefahrtragung des Rücktrittsverpflichteten nicht die Ursache für die Schlechterstellung des Rücktrittsverpflichteten zu sehen. Die unparteiische Abwägung der Interessen beider Teile führt also zum Ergebnis, daß die ungünstigere Stellung des Rücktrittsverpflichteten nicht gerechtfertigt ist.

Macht der Rücktrittsberechtigte nun den Rückgewähranspruch gegen den Rücktrittsverpflichteten geltend, so verlangt er hiernach von ihm eine Leistung, die unseren obigen Darlegungen zufolge dem Rücktrittsverpflichteten in völlig ungerechtfertigter Weise nachteilig ist. Die Geltendmachung des Rückgewähranspruchs durch den Rücktrittsberechtigten ist daher als unvereinbar mit dem Grundsatz von Treu und Glauben anzusehen. Hiermit soll nicht etwa gesagt sein, daß der Rückgewähranspruch *an sich* mit Treu und Glauben in Widerspruch steht. Zu einer solchen Annahme wäre auch keine Veranlassung. Denn der Rückgewähranspruch ist dem Rücktrittsberechtigten aus dem Schuldverhältnis erwachsen, das auf Grund des Rücktritts kraft Gesetzes zur Entstehung gelangt ist. Erst nachdem der Rücktrittsberechtigte den Rücktritt erklärt und hierdurch den Rückgewähranspruch erlangt hat, ist das die unversehrte Rückgabe des Gegenstandes vereitelnde Ereignis eingetreten. Demnach widerstreitet nicht die Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Rücktrittsberechtigten und ebensowenig die Erlangung des Rückgewähranspruchs dem Rechtsgefühl. Zur Zeit der Rücktrittserklärung lag für den Rücktrittsberechtigten nicht der geringste Anlaß vor, von der Ausübung des Rücktrittsrechts abzusehen, da das Ereignis, das ihn

in die Lage versetzte, den Gegenstand überhaupt nicht oder jedenfalls nicht so, wie er geleistet wurde, zurückgewähren zu können, später eingetreten ist. Der Rücktrittsberechtigte hat somit den Rückgewähranspruch in einer Weise erlangt, die, sogar vom Standpunkt des Rücktrittsverpflichteten aus betrachtet, keinen Grund zu einer Beanstandung gibt.

Gegen den Rückgewähranspruch an sich ist also der Einwand des Verstoßes gegen Treu und Glauben nicht begründet. Einen solchen Verstoß enthält vielmehr lediglich das in der Geltendmachung des Rückgewähranspruches liegende Verhalten des Rücktrittsberechtigten. Wenn auch diesem Verhalten keine entsprechende innere Absicht zugrunde liegt (diese ist ja nicht Voraussetzung für die Anwendung des § 242!), so liegt dennoch in der Geltendmachung des Rückgewähranspruchs das Verlangen nach einer Leistung, die dem Rücktrittsverpflichteten aus den oben dargelegten Gründen nicht zuzumuten ist.

Wir kommen also zum Ergebnis, daß in denjenigen Fällen, in denen die nach Rücktritt erfolgten Ereignisse den Rücktrittsverpflichteten schlechter stellen, als wenn zuvor eingetreten, die Voraussetzungen des § 242 gegeben sind, und somit die von Siber vorgeschlagene Heranziehung des § 242 durchaus bedenkenfrei ist. Die Anwendung des § 242 ermöglicht uns, das hinsichtlich der Stellung des Rücktrittsverpflichteten dem Rechtsgefühl widerstreitende Ergebnis zu beseitigen und so den von uns erstrebten Ausgleich zugunsten des Rücktrittsverpflichteten zu schaffen.

Es bedarf wohl kaum besonderer Erwähnung, daß die Anwendung des § 242 entfällt, wenn der Rücktrittsberechtigte sich bereit erklärt, den Wert des Gegenstandes, zu dessen unversehrter Rückgabe er nicht in der Lage ist, freiwillig zu ersetzen.[10] Denn er erbietet sich, den durch die ungerechtfertigte Schlechterstellung des Rücktrittsverpflichteten notwendig gewordenen Ausgleich dadurch zu schaffen, daß er den nicht geschuldeten Wert des von ihm zurückzugewährenden Gegenstandes freiwillig ersetzt. Wird also das unangemessene Ergebnis auf diesem Wege beseitigt, so erübrigt sich die Anwendung des § 242.

10) Planck-Siber, § 351, c.

Lebenslauf.

Am 10. 4. 1905 wurde ich, Dagobert Feinberg, als Sohn des früheren Landwirts und jetzigen Kaufmanns Israel Meyer Feinberg und seiner Ehefrau Anna, geb. Eliascheff, auf dem Gute Luisenhof bei Memel geboren. Ich bin Jude und preußischer Staatsangehöriger.

Nach dreijährigem Besuch einer Privatschule kam ich im April 1914 in die Sexta des Kneiphöfischen Gymnasiums in Königsberg i. Pr., wohin meine Eltern im Jahre 1907 übergesiedelt waren. Nach Kriegsausbruch zogen meine Eltern nach Berlin, wo ich in das Sophiengymnasium eintrat. Am 9. März 1923 verließ ich das Gymnasium nach Ablegung des Abiturientenexamens. Ich studierte sodann in Berlin 6 Semester Jura und bestand am 28. Juli 1926 das Referendarexamen. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 24. Juni 1929 ab.